



الدراسات الفقهية
(٣٤)

المصالح المرسلة

وأثرها في المعاملات

تأليف
د. عبد العزيز بن عبد الله بن عبد العزيز العمار
وكيل وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد للشؤون الإسلامية

الصندوق الخيري لنشر البحوث والرسائل العلمية (٤٧)




رفع
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com


المصالح المرسلة
وأثرها في المعاملات

ح دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع الرياض ١٤٣١هـ
فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية أثناء النشر
العمار، عبدالعزيز عبدالله بن عبدالعزيز
المصالح المرسلة وأثرها في المعاملات/عبدالعزيز بن عبدالله بن عبدالعزيز العمار.
الرياض ١٤٣١هـ.
٦١٤صفحة ١٧×٢٤
ردمك:٢ -١٨ -٨٠٥٥-٦٠٣-٩٧٨
١.المصالح المرسلة (أصول الفقه) ٢.العقود (فقه إسلامي) أ.العنوان
ديوي٢٥١,١٧ ١٤٣١/٣١٥٩

رقم الإيداع: ١٤٣١/٣١٥٩هـ
ردمك: ٢ -١٨ -٨٠٥٥-٦٠٣-٩٧٨

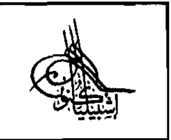
ساعد على نشره ليباع بسعر التكلفة

فاعل خير

جزاه الله خير الجزاء

وغفر له ولوالديه

الطبعة الأولى
١٤٣١هـ - ٢٠١٠م



دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع
المملكة العربية السعودية ص.ب ٢٧٢٦١ الرياض ١١٤١٧
هاتف: ٤٧٤٢٤٥٨– ٤٧٧٣٩٥٩ – ٤٧٩٤٣٥٤فاكس: ٤٧٨٧١٤٠
E-mail eshbelia@hotmail.com

الصندوق الخيري لنشر البحوث والرسائل العلمية
(٤٧)
الدراسات الفقهية
(٣٤)

المصالح المرسلة

وأثرها في المعاملات

تأليف
د. عبد العزيز بن عبد الله بن عبد العزيز العمار
وكيل وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد للشؤون الإسلامية





قال تعالى: ﴿إِنْ أُرِيدُ إِلَّا ٱلْإِصْلَـٰحَ مَا ٱسْتَطَعْتُ ۚ وَمَا تَوْفِيقِىٓ إِلَّا بِٱللَّهِ ۚ عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أُنِيبُ﴾

[سورة هود: ٨٨]

اصل هذا الكتاب

رسالة أعدها الباحث لنيل درجة الماجستير من قسم الشريعة الإسلامية بكلية دار العلوم – جامعة القاهرة.

وتألفت لجنة المناقشة من:

أ.د. أحمد يوسف سليمان شاهين – الأستاذ بقسم الشريعة الإسلامية بكلية دار العلوم .... مشرفاً.

أ.د. علي جمعة محمد – مفتي جمهورية مصر العربية .... مناقشاً.

أ.د. محمد نبيل غنايم – الأستاذ بقسم الشريعة الإسلامية بكلية دار العلوم، ومدير مركز الدراسات الإسلامية بالكلية .... مناقشاً.

الإهداء

* إلى روح والدي (عبد الله) تقبله الله في الصالحين.

* وإلى الفاضلة (أمي) يحفظها الله تعالى.

سائلاً المولى سبحانه وتعالى أن يبارك في صحتها، وأن يمدّ في عمرها وأن يرزقني برّها.

﴿رَبِّ أَوْزِعْنِيٓ أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ ٱلَّتِيٓ أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَٰلِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَٰلِحًا تَرْضَىٰهُ وَأَصْلِحْ لِي فِي ذُرِّيَّتِيٓ ۖ إِنِّي تُبْتُ إِلَيْكَ وَإِنِّي مِنَ ٱلْمُسْلِمِينَ﴾

[الأحقاف: ١٥]

الشكر

عملاً بقول الله عزّ وجل: ﴿لَئِن شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ﴾[1].

أتوجه بالشكر للمولى سبحانه وتعالى.

واتباعاً لسنة المصطفى ﷺ وهديه، بقوله: (**مَنْ لا يَشْكُر النَّاسَ، لا يَشْكُر اللهَ**)[2].

أتقدم بالشكر لأستاذي المشرف على هذه الرسالة:

الأستاذ الدكتور/ أحمد يوسف سليمان شاهين حفظه الله وبارك فيه وفي علمه.

فقد بذل معي جهداً كبيراً لإكمال هذا البحث، وحرص كل الحرص على تذليل الصعوبات وتجلية المعلومات، فأسأل المولى العلي القدير أن يجزيه خير الجزاء، وأن ينفع به طلبة العلم وأهله، إنه سميع مجيب.

ثم أشكر العالمين الفاضلين، وهما:

- **الأستاذ الدكتور/ علي جمعة محمد** مفتي جمهورية مصر العربية.
- **الأستاذ الدكتور/ محمد نبيل غنايم** الأستاذ بقسم الشريعة الإسلامية بكلية دار العلوم ومدير مركز الدراسات الإسلامية بالكلية.

اللذين تفضلا بقراءة هذه الرسالة والموافقة على مناقشتها جزاهما الله خيرا.

وصل اللهم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

---

(١) سورة إبراهيم: من الآية [٧].

(٢) أخرجه الترمذي في سننه، كتاب: البر والصلة، باب: ما جاء في الشكر لمن أحسن إليك، (٣/ ٢٢٨) رقم ١٨٧٧، وأبو داود في سننه، كتاب الأدب، باب: في شكر المعروف، (٤/ ٣٠٤)، رقم ٤٨١١، وأحمد في مسنده، مسند أبي هريرة رضي الله عنه (١٩/ ٩٤)، رقم ٧٨٧٩.

المقـدمـة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسَّلام على سيد المرسلين ورحمة الله المهداة إلى العالمين وعلى آله وصحبه وسلم.

وبعد:

فقد اقتضت حكمة الله تعالى أن يكون الدين الإسلامي آخر الرسالات السماوية، وأن يكون نبي هذه الأمة خاتم الرسل ﴿مَّا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَآ أَحَدٍ مِّن رِّجَالِكُمْ وَلَٰكِن رَّسُولَ ٱللَّهِ وَخَاتَمَ ٱلنَّبِيِّـۧنَ ۗ وَكَانَ ٱللَّهُ بِكُلِّ شَىْءٍ عَلِيمًا﴾(١).

وقد جمع الله في هذا الشرع من الأحكام والآداب ما يضمن له أن يكون خالداً باقياً، وصالحاً لكل زمان ومكان، مقدراً للأمة مصالحها، كافلاً لها ما يضمن لها السلامة والسعادة إن تمسكت به، وحرصت عليه، ورجعت إليه في كل أمر ينوب هذا الدين القيّم: الذي قال الله تعالى فيه: ﴿فَأَقِمْ وَجْهَكَ لِلدِّينِ حَنِيفًا ۚ فِطْرَتَ ٱللَّهِ ٱلَّتِى فَطَرَ ٱلنَّاسَ عَلَيْهَا ۚ لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ ٱللَّهِ ۚ ذَٰلِكَ ٱلدِّينُ ٱلْقَيِّمُ وَلَٰكِنَّ أَكْثَرَ ٱلنَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ﴾(٢).

وهو الدين التام الكامل: ﴿ٱلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِى وَرَضِيتُ لَكُمُ ٱلْإِسْلَٰمَ دِينًا﴾(٣).

المحفوظ: بحفظ أصل أصوله وهو القرآن الكريم، الذي قال الله فيه: ﴿لَّا يَأْتِيهِ ٱلْبَٰطِلُ مِنۢ بَيْنِ يَدَيْهِ وَلَا مِنْ خَلْفِهِۦ ۖ تَنزِيلٌ مِّنْ حَكِيمٍ حَمِيدٍ﴾(٤).

---

(١) سورة الأحزاب، الآية [٤٠].

(٢) سورة الروم، الآية [٣٠].

(٣) سورة المائدة، الآية [٣].

(٤) سورة فصلت، الآية [٤٢].

والتمام والحفظ: هي أولى صفات الكمال، فهو بهذه الصفات الدين الكامل، ولِذَا فقد جاءت الشريعة الإسلامية محققة ذلك بالقواعد التي تكفل لها البقاء والصلاحية.

ولا أدلّ على ذلك من مراعاتها في أحكامها لمصالح البشرية كلها، تلك المصالح التي قصدها الشارع الحكيم لعباده من حفظ دينهم، ونفوسهم، ونسلهم، ومالهم، وعقولهم، ودفع ما يضر بهذه الأصول أو يعطّل تلك المصالح.

وقد أنزل الله تعالى القرآن الكريم ومثله معه من السنة المطهّرة، فالقرآن الذي بيَّن الله تعالى فيه أحكام كل شيء، منها ما هو مفصَّل، ومنها ما هو مجمل، قال ﷻ: ﴿وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ ٱلْكِتَـٰبَ تِبْيَـٰنًا لِّكُلِّ شَىْءٍ وَهُدًى وَرَحْمَةً وَبُشْرَىٰ لِلْمُسْلِمِينَ﴾ [(١)]، ثم جاءت السنة المطهَّرة لتبيّن ما أُجمل في القرآن، وتوضّح ما أُبهمَ فيه، وتُضيف أحكاماً جديدة؛ لكونها أحكاماً من عند الله تعالى: ﴿وَمَا يَنطِقُ عَنِ ٱلْهَوَىٰٓ ۝ إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْىٌ يُوحَىٰ﴾ [(٢)]، وكانت نصوص القرآن والسنة هي المرجع في عصر الرسالة والرسول ﷺ، وكان الصحابة ﵃ يرجعون إليها في كل أحوالهم، ولم ينتقل الرسول ﷺ إلى الرفيق الأعلى إلاَّ بعد إكمال الدين وإتمام نعمة الله على المسلمين.

ولقد وجدت حوادث لم تكن موجودة في أيام النبي ﷺ، فكان الصحابة ﵃ ومن بعدهم من علماء الأمة ينظرون فيها، ويلحقون النظير بالنظير والشبيه بالشبيه، حيث يجمعها وصف واحد، وربما أجمعوا على بعض تلك الأحكام مستندين إلى دليل من الكتاب والسنة.

ولمَّا اتسعت رقعة الإسلام ودخل الناس في دين الله أفواجا، كان لابدَّ من وضع ضوابط لكيفية الاستنباط من النصوص وطريقة الأخذ من الكتاب والسنة؛ حتى لا

---

(١) سورة النحل، الآية [٨٩].

(٢) سورة النجم، الآيتان: [٣-٤].

تتدخل الأهواء وتتحكم العواطف، فظهر علم أصول الفقه وبرزت فيه العقلية الناضجة، واجتمع في هذا العلم العقل والوحي، فلم يكن هذا العلم أموراً عقلية لا يشهد لها الشرع بالصحة والقبول، ولم يكن تقليداً محضاً وجموداً لا يشهد له العقل بالتأييد، بل هو عملٌ بالشرع وإعمالٌ للعقل وتحرير للرأي من ربقة الجمود والتحجّر إلى انطلاقة التفكير المستنير، فكان علم أصول الفقه من أجل العلوم الشرعية وأكثرها نفعاً وفائدة.

ومّما لا شك فيه أن الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان، وقد اقتضى ذلك أن تكون أحكامها شاملة لكل متطلبات الحياة، ولكل ما يحتاجه الإنسان في دينه ودنياه.

ولقد ثبت بالاستقراء أن الأدلة الشرعية التي يستفاد منها الأحكام العملية ترجع إلى أدلة أربعة، هي: (الكتاب، والسنة، والإجماع، والقياس)، أما الأدلة التي اختلف العلماء في الاستدلال بها واستنباط الأحكام منها؛ فمنها ستة:

١ - الاستحسان.

٢ - المصالح المرسلة.

٣ - العرف.

٤ - الاستصحاب.

٥ - شرع من قبلنا.

٦ - قول الصحابي.

ومن المتفق عليه بين علماء المسلمين أن الأحكام الشرعية إنما شُرعت لتحقيق مصالح سامية، سواء أكانت على مستوى الأفراد أم على مستوى الجماعات، وأنه ينبغي على المجتهد تحرّي تلك المصالح في ممارسة الاجتهاد والإفتاء على مقتضى ما يوافقها ويخدمها.

ولما كان من الأدلة الشرعية التي ذكرها علماء الأصول (المصالح المرسلة) التي قد تَزايد الاهتمام بها في العصر الحالي نظراً للمستجدّات الحديثة والتطور العلمي الذي

تسارعت وتيرته في الآونة الأخيرة، مما جعل الحاجة ماسة إلى بحث الموضوع والتأليف فيه، مع التحقيق والاهتمام، وتطبيق هذا الدليل على الأمور المستحدثة.

فجاءت أهداف هذه الدراسة على النحو الآتي:

١- إقامة الدليل الشرعي على جواز بعض المسائل المستحدثة أو عدم جوازها (كالبنوك وغيرها من المسائل المتعلقة بجانب المعاملات).

٢- آراء العلماء في صحة بعض هذه المسائل المستحدثة أو فسادها.

٣- معرفة الآثار المترتبة على صحة هذه المسائل أوفسادها.

أهمية موضوع: (المصالح المرسلة وأثرها في المعاملات):

إن دراسة المصالح المرسلة لها أهميتها ومكانتها، وهذه الأهمية والمكانة تستمد من أهمية ومكانة المصالح المرسلة نفسها، وتستمد أهميتها أيضاً من تحديات العصر الحالي ومتطلباته وحوادثه المختلفة.

فقد تقرر نقلاً وعملاً قديماً وحديثاً ما للمصالح المرسلة من مكانة وأهمية وفعالية في فهم الأحكام والقيام بالتكاليف وأداء الأحكام ورسم منهج التدين الإسلامي وتطبيقه على مستوى الأفراد والشعوب والدول والأمم كلها، وفي جميع مجالات الحياة، وأحوالها وقضاياها ومطالبها، وفي الظاهر والمعلن والباطن والمخفي؛ لأن هذه الشريعة مبنية على تحقيق مصالح العباد ودرء المفاسد عنهم في الدنيا والآخرة،

فالشارع لا يأمر إلاّ بما مصلحته خالصة أو راجحة، ولا ينهى إلاّ عما مفسدته خالصة أو راجحة، وهذا الأصل شامل لجميع الشريعة لا يشذ عنه شيء من أحكامها[1].

---

(١) انظر: مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ١١/ ٣٤٤-٣٤٥، و١٣/ ٩٦، ومفتاح دار السعادة لابن القيم ٢/ ١٤-٢٢، وإعلام الموقعين لابن القيم ٣/ ٣.

وبناءً على تأسيس القول إن المصالح المرسلة أصبحت وستظل مبحثاً شرعياً إسلامياً مهماً جداً، فقد دلّت الأخبار والوقائع على كل هذا، فالكتاب والسنة الصحيحة مليئان بنصوص وإشارات ومعان كثيرة تدلّ على المصالح المرعية في الشريعة الإسلامية، والعصر النبوي قد شهد إقراراً للمصالح وعمل بها، وحفل عصر الصحابة والتابعين ﵃، باستعمال المصالح المرسلة توسيعاً وتعميقا.

كما أن تحديات العصر الحالي ومتطلباته تحتم ضرورة التعامل مع المنظومة بالنسبة للمصالح من أجل بناء المستقبل على أسس حضارية تواكب التطور الحالي بما لا يهدم أصلاً من أصول الشريعة الإسلامية المتفق عليها بين العلماء.

إن عصرنا الحالي بإيجاز في أشد الحاجة إلى علم دقيق وفقه عميق وثقافة واعية وموسعة وفاعلة بالمصالح المرسلة ونتائجها وبمكانتها في الفهم والاستنباط والاجتهاد والترجيح.

لقد شهد عصرنا الحالي تطورات كثيرة وتلاحقات خطيرة في الاتجاهات والأفكار وفي السياسات وفي الخطط وفي الحوادث والنوازل، وقد تداخلت فيه الأحوال، وتشعبت فيه الأمور، وتبعثرت فيه الأوراق.

وتخلف جماعة من العباد عن واجب الانخراط في هذا الواقع المعقّد المتداخل للتأثير فيه بالتوجيه والترشيد؛ وذلك بعد فهمه وتصوره وتعقّله وضبط الحلول والبدائل اللازمة لعلاجه وإصلاحه.

أما صفوة المجتهدين الراسخين المتمسكين بالحق فلم يزدهم هذا الواقع إلاّ حماساً وحرصاً وتبصّرا؛ من أجل معالجته وفق هدى الشرع وتوجهه، وفي ضوء مدلولاته وما تقتضيه مصالح العباد.

وعلى صعيد المستجدات والحوادث المعاصرة فقد شهد عصرنا الحالي طائفة عظيمة من النوازل والوقائع، وفي مجالات الحياة كلها وبكيفية متطورة ومتصاعدة بشكل ملحوظ لا ينكره أحد.

ففي مجال البيولوجيا، والهندسة الوراثية، والطب والصحة، ظهرت عدة مشكلات وقضايا ومنها:

قضية استنساخ الجنس البشري، والتحكم الجيني، واستنساخ الأعضاء البشرية، والبصمة الوراثية، والاستعانة بالحيوان لعلاج الإنسان، والفحص أو العلاج الجيني.

ومن قبل هذا ظهرت قضايا مثل:

١ - طفل الأنابيب أو الإنجاب الصناعي.

٢ - تشريح الجثة.

٣ - الموت الدماغي.

٤ - بنوك المني الجنسية المجمدة.

٥ - بنوك الألبان.

٦ - استئجار الأرحام.

٧ - العمليات التجميلية.

٨ - زرع الأعضاء.

وفي مجال المال والاقتصاد والتجارة: ظهرت قضايا البورصة، والأسهم والسندات، وملكيات المصانع والمعامل والعمارات، وأجرة المحاماة.

ولقد ترتب على ذلك أن نهض بعض العلماء المعاصرين لبيان كيفية الزكاة في مثل هذه الأمور المستحدثة التي لم تكن على عهد رسول الله ﷺ ولا على عهد الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم أجمعين.

ومن الأمور التي استحدثت في هذا العصر: «**قضية توظيف أموال الزكاة**».

وفي مجال ما يعرف الآن بثورة الاتصالات.. ظهرت قضايا الفضائيات، وشبكة الإنترنت، والفاكس، والهاتف والتلكس، ولقد ترتب على هذا كله بحث أحكام إجراء عقود البيع وسائر المعاملات عن طريق هذه الأجهزة المباحة، والاستخدامات المفيدة لهذه الاكتشافات المعاصرة على صعيد الإفتاء والدعوة والتوجيه، وعلى مستويات التعليم والبحث والتطوير، وتقوية الاتصالات وتعميق الروابط.

وخلاصة ما ذكرناه: يوضح أن عصرنا الحالي وما شهده من تطورات وحوادث ألزم المسلمين - خاصة أهل العلم والاجتهاد والفقه والتفسير من الراسخين في العلم - وجوب الاجتهاد في فهم هذه التطورات والحوادث بمنطق المفكر المستنير الذي يتفاعل مع الحقائق لأجل إبراز عظمة الإسلام ورعايته لمصالح العباد إلى يوم الدين.

ولا ينبغي أن يفهم البعض أن تقرير المصالح المرسلة هو دعوة صريحة أو ضمنية إلى التخلي عن النصوص والإجماعات والثوابت أو التقليل من أولويتها وقدسيتها، فحاشا لله أن يكون المرء في زمرة أصحاب هذه الدعوة، فذلك والعياذ بالله مبطل للأعمال، وموقع في الخسران، وجالب لغضب الرحمن وسخطه، بل ينبغي أن يفهم هذا على أنه دعوة إلى صميم الشرع، وردّ إلى الله ورسوله.

فالمصالح المرسلة كما هو لدى العلماء الراسخين في أصول الفقه إنما هي جمل مستخلصات إسلامية ثابتة بأدلة كثيرة، بطريق صحيح وبطريق النظر والتدبر والاستنباط والاجتهاد[1].

ومسؤولية أهل التخصص والتمكن في علوم الفقه وأصوله مسؤولية شاقة في هذا العصر، ولزاماً عليهم أن يبذلوا الجهد حتى يصلوا إلى القواعد العامة التي في ضوئها

---

(١) انظر: تعريف المصالح المرسلة بتفصيل في ص٤٧ من هذا الكتاب.

يستخلص الحكم في الأمور التي ظهرت على المستوى العالمي في إطار من الدقة والفهم الصحيح، والله ولي الهداية والتوفيق.

سبب اختياري لهذا الموضوع:

يرجع سبب اختياري لموضوع (**المصالح المرسلة وأثرها في المعاملات**) إلى:

١- تعلقه بوجه من وجوه علم أصول الفقه، وجانب من جوانبه ذات الأهمية الكبيرة.

٢- إبراز الغاية المتوخاة من دراسة علم الأصول بشكل علمي؛ لأن في "المصالح المرسلة" يبرز التطبيق العملي لقواعد الأصول.

٣- أن الغاية من علم الأصول: تعريف الأسس التي بُنيت عليها الأحكام الشرعية، وبالتالي معرفة ارتباط هذه الأحكام الفرعية بأسسها وأصولها، وفي دراسة الأدلة وبيان أثرها تتجلى لنا الأسس التي بُنيت عليها الفروع.

٤- يبرز الشكل العملي الذي يوضح الاختلاف في القواعد الأسس من أثر الفروع والمسائل الجزئية،ومن خلال هذا يظهر سبب اختلاف المذاهب الفقهية في كثير من الأحكام.

٥- جدّة الكثير من المسائل، واستحداث وسائل مختلفة في هذا العصر، وهي تخدم مصالح العباد في بعض الأحيان، ولم تكن موجودة في عصر الرسالة ولا العصور التي تليه.

المنهج المتبع في هذه الدراسة:

١- اعتمدت في هذه الدراسة **المنهج الاستقرائي والاستنباطي**، ويتمثل ذلك في تتبع المسائل المستحدثة، ثم عرضها على الدليل الشرعي، مع البحث عن الآثار الفقهية والأصولية التي تركتها تلك المسائل على الأحكام المستنبطة، وذلك من خلال دراسة هذه الأحكام، والوقوف على طرق الاستدلال التي اتبعها العلماء والفقهاء للوصول إلى تلك الأحكام، والنظر في تعليلاتها - في حال وجودها -.

٢- حاولت - بعد ذلك - أن أجمع تلك الآثار بعضها إلى بعض؛ لأصلَ إلى قواعد عامة يمكن ترتيب تلك الآثار تحتها، ليتسنى الاستفادة من تلك القواعد عند التعامل مع تلك المسائل.

٣- الرجوع في التطبيقات الحديثة - من جانب - إلى بحوث وفتاوى كثير من العلماء المعاصرين الذين تناولوا هذه المسائل وأفردوا لها أبحاثاً خاصة، ومن جانب آخر إلى ما استنبط من نتائج وآراء أثناء تتبع المسائل.

٤- تعتمد هذه الدراسة في الأساس على المصادر الأصلية في جمع المادة العلمية، مع الاستفادة من الكتابات الحديثة.

٥- كما قمت - بعد توفيق الله تعالى - بعزو ما يرد في هذه الدراسة من آيات إلى سورها، وكذا تخريج الأحاديث النبوية والآثار الشريفة، والترجمة لأهم من يستشهد بقوله، ونسبة كل قول إلى مصدره الرئيس ما أمكن ذلك.

٦- ويلحق بهذه الدراسة فهارس علمية لتيسير الاستفادة من البحث، مثل: فهرس للآيات القرآنية الكريمة، وفهرس للأحاديث النبوية والآثار الشريفة، وفهرس للأعلام، وفهرس للمصادر والمراجع، وفهرس شامل لجميع الموضوعات.

الدراسات السابقة:

نظراً لأهمية المصالح المرسلة ومدى الحاجة إليها في معرفة الأحكام وما يجدّ من قضايا، فقد اهتمّ بها الباحثون قديماً وحديثاً، فمن العلماء القدامى الذين اهتموا بدراسة المصالح المرسلة وما يتعلق بها:

١ - حجة الإسلام أبو حامد الغزالي[١] في كتابه (المستصفى في علم الأصول)[٢].

٢ - الإمام الشاطبي [٣] في كتابه (الاعتصام) [٤].

ومن علماء العصر الحديث:

١ - المرحوم الشيخ عبد الوهاب خلاف في كتابه: (مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نصَّ فيه)[٥].

٢ - المرحوم الدكتور مصطفى زيد[٦] في كتابه: (المصلحة في التشريع الإسلامي)[٧].

---

(١) هو حجة الإسلام أبو حامد محمد بن محمد بن محمد الشافعي الغزالي، ولد سنة ٤٥٠هـ، المتصوف صاحب الذكاء المفرط، والتصانيف المشهورة: كالإحياء والمستصفى، برع في الفقه والكلام، توفي سنة ٥٠٥هـ، ودفن بمقبرة الطابران، قصبة بلاد طوس، وهي مدينة بخراسان بها بلدتان إحداهما: الطابران. انظر: سير أعلام النبلاء ١٩/ ٣٢٢، وشذرات الذهب ٤/ ١٠.

(٢) مطبوع بدار الكتب العلمية- بيروت، تحقيق: محمد عبدالسلام عبد الشافي، الطبعة الأولى، ١٤١٣هـ.

(٣) هو الإمام أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي الغرناطي(ت ٧٩٠هـ)، أصولي حافظ، كان من أئمة المالكية، محدث، فقيه أصولي، لغوي، مفسر، اجتهد وبرع وفاق الأكابر، من كتبه: "الموافقات في أصول الفقه" و"الاعتصام" و"أصول النحو"، وغيرها. انظر: معجم المطبوعات العربية: إليان سركيس ١/ ١٠٩٠، والأعلام للزركلي ١/ ٧٥.

(٤) مطبوع بدار المعرفة، بيروت- لبنان، سنة ١٣٣٢هـ.

(٥) مطبوع بدار القلم- الكويت، الطبعة السادسة، ١٤١٤هـ-١٩٩٣م.

(٦) هو الدكتور مصطفى زيد من العلماء المعاصرين ومن أوائل من كتبوا في المصلحة، كان رئيساً لقسم الشريعة الإسلامية بكلية دار العلوم – جامعة القاهرة، وله العديد من المؤلفات العلمية في التفسير، والسنة، والفقه وأصوله، توفي سنة ١٣٩٨هـ. الترجمة مأخوذة بإيجاز من مقدمة كتابه في المصلحة.

(٧) مطبوع بدار اليسر- مصر، تعليق وعناية الدكتور: محمد يسري إبراهيم، سنة ١٤٢٤هـ.

٣- الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي في كتابه: (ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية)[١].

٤- الدكتور حسين حامد حسّان في كتابه: (نظرية المصلحة في الشريعة الإسلامية)[٢].

وغير هؤلاء كثيرون، ولكن أغلب هؤلاء العلماء لم يفردوا المصلحة وأثرها في الفقه الإسلامي، بل ذكروا النظرية عند الأصوليين إلى جانب ضوابط المصلحة دون النظر إلى تطبيقات المصلحة وأثر ذلك في الأحكام الشرعية.

خطة الدراسة:

تشتمل خطة هذه الدراسة على مقدمة وتمهيد وخمسة فصول وخاتمة، وهي كالتالي:

المقدمة:

فيها أهمية موضوع "المصالح المرسلة" ومكانتها، وتحديات العصر ومتطلباته وحوادثه الجديدة، مع أسباب اختياري له، والأهداف التي يرتكز على دراستها، والمنهج المتبع في البحث، ثم خطته.

التمهيد:

فيه تعريفات ومصطلحات؛ وذلك بتوضيح بعض المسائل المتعلقة بموضوع البحث.

الفصل الأول: تأصيل المصلحة المرسلة:

يشتمل على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: التعريف بالمصالح المرسلة وبيان مدى حجيّتها.

فيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف المصالح المرسلة لغةً واصطلاحاً.

المطلب الثاني: حجيَّة المصالح المرسلة.

---

(١) مطبوع بمؤسسة الرسالة- الدار المتحدة، بيروت- لبنان، الطبعة السادسة، سنة ٢٠٠٠م- ١٤٢١هـ.

(٢) مطبوع بمكتبة المتنبي- القاهرة، طبعة سنة ١٩٨١م.

المطلب الثالث: أمثلة عملية تطبيقية للمصالح المرسلة.

المبحث الثاني: أقسام المصالح المرسلة وشروطها.

فيه أربعة مطالب كالتالي:

المطلب الأول: من حيث اعتبار الشارع لها وعدمه.

المطلب الثاني: باعتبار قوتها في ذاتها.

المطلب الثالث: باعتبار العموم والخصوص.

المطلب الرابع: شروط العمل بالمصالح المرسلة.

المبحث الثالث: موقف العلماء من المصالح المرسلة:

فيه أربعة مطالب كالتالي:

المطلب الأول: المصالح المرسلة في عهد النبوة.

المطلب الثاني: المصالح المرسلة في عهد الخلفاء الراشدين.

المطلب الثالث: المصالح المرسلة في عهد التابعين.

المطلب الرابع: المصالح المرسلة في المذاهب الفقهية الأربعة:

فيه أربعة فروع:

أولاً: المصلحة المرسلة في الفقه الحنفي.

ثانياً: المصلحة المرسلة في الفقه المالكي.

ثالثاً: المصلحة المرسلة في الفقه الشافعي.

رابعاً: المصلحة المرسلة في الفقه الحنبلي.

الفصل الثاني: أثر المصلحة المرسلة في عقود المعاوضات.

ويشتمل على تمهيد وأربعة مباحث كالتالي:

التمهيد: وفيه بيان مفهوم المعاملات وحقيقتها، مع أثر المصلحة المرسلة في الحكم الشرعي أو الترجيح بين الأحكام.

المبحث الأول: أثر المصلحة المرسلة في البيوع.

فيه مطلبان كالتالي:

المطلب الأول: تعريف البيع وأقسامه، ومشروعيته.

المطلب الثاني:مسائل في البيع وبيان أثر المصلحة المرسلة في تشريعها:

المسألة الأولى: عقد الصرف.

المسألة الثانية: بيع المزايدة.

المسألة الثالثة: بيع العربون.

المسألة الرابعة: بيع التقسيط.

المسألة الخامسة: إبرام العقود عبر وسائل التقنية الحديثة.

المبحث الثاني: أثر المصلحة المرسلة في بيع السلم.

فيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف السلم ومشروعيته وأركانه.

المطلب الثاني: مسائل في بيع السلم وبيان أثر المصلحة المرسلة في تشريعها:

المسألة الأولى: بيع المسلم فيه قبل قبضه.

المسألة الثانية: الإقالة في السلم.

المسألة الثالثة: السلم المتوازي.

المسألة الرابعة: إصدار سندات سلم قابلة للتداول.

المسألة الخامسة: تطبيقات السلم المعاصرة وآثار عقد السلم في التنمية الاقتصادية.

المبحث الثالث: أثر المصلحة المرسلة في عقد الاستصناع.

فيه مدخل ومطلبان:

المطلب الأول: تعريف عقد الاستصناع وأهميّته ومصالحه (فوائده).

المطلب الثاني: مسألتان في عقد الاستصناع وبيان أثر المصلحة المرسلة في مشروعيته:

المسألة الأولى: تصنيع العقارات.

المسألة الثانية: موقف الشريعة الإسلامية من بيع البيوت على المصورات.

المبحث الرابع: أثر المصلحة المرسلة في الإجارة.

فيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف الإجارة ومشروعيتها.

المطلب الثاني: مسائل في الإجارة وبيان أثر المصلحة المرسلة في مشروعيتها:

المسألة الأولى: عقد الصيانة.

المسألة الثانية: الإجارة المنتهية بالتمليك.

الفصل الثالث: أثر المصلحة المرسلة في عقود التوثيقات:

فيه مبحثان كالتالي:

المبحث الأول: أثر المصلحة المرسلة في بيع الرهن.

فيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف الرهن وأركانه.

المطلب الثاني: مسألتان في الرهن وبيان أثر المصلحة المرسلة في مشروعيتها:

المسألة الأولى: انتفاع المرتهن بالرهن.

المسألة الثانية: تصرف الراهن في الرهن وانتفاعه به.

المبحث الثاني: أثر المصلحة المرسلة في الكفالة.

فيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف الكفالة لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: مسألتان في الكفالة وبيان أثر المصلحة المرسلة في مشروعيتها:

المسألة الأولى: الكفالات المصرفية.

المسألة الثانية: خطابات الضمان.

الفصل الرابع: أثر المصلحة المرسلة في عقود الشركات.

فيه مدخل وثلاثة مباحث كالتالي:

المدخل: فيه تعريف الشركة لغةً واصطلاحاً.

المبحث الأول: أثر المصلحة المرسلة في شركة المضاربة.

فيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف المضاربة لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: مسألتان في المضاربة وبيان أثر المصلحة المرسلة في تشريعهما:

المسألة الأولى: المضاربة المشتركة.

المسألة الثانية: سندات المقارضة: تعريفها، الأدوات التمويلية المطبقة القائمة على المضاربة، الأدوات التمويلية المطبقة القائمة على المشاركة، الأدوات التمويلية القائمة على التأجير.

المبحث الثاني: أثر المصلحة المرسلة في الأسهم والسندات.

فيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف الأسهم والسندات لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: مسألتان في السندات وبيان أثر المصلحة المرسلة في تشريعهما:

المسألة الأولى: سندات الاستثمار: تعريفها، أنواعها، حكم التعامل بها.

تطوير الأدوات المالية والتمويلية والبدائل الشرعية للسندات.

المسألة الثانية: سندات المقارضة.

المبحث الثالث: أثر المصلحة المرسلة في التأمين.

فيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف التأمين لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: مسائل في التأمين لبيان أثر المصلحة المرسلة في مشروعيته.

المسألة الأولى: التأمين التجاري: التعريف به، حكمه الشرعي.

المسألة الثانية: التأمين التعاوني: التعريف به، حكمه الشرعي.

المسألة الثانية: التأمين الصحي: التعريف به، حكمه الشرعي.

الفصل الخامس: أثر المصلحة المرسلة في عقود التبرعات.

فيه ثلاثة مباحث كالتالي:

المبحث الأول: أثر المصلحة المرسلة في الوقف.

فيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف الوقف لغة واصطلاحاً وعلاقته بالمصلحة.

المطلب الثاني: مسائل في الوقف لبيان أثر المصلحة المرسلة في مشروعيته.

المسألة الأولى: بيع الوقف.

المسألة الثانية: وقف المنقول.

المسألة الثالثة: الوقف النقدي.

المبحث الثاني: أثر المصلحة المرسلة في الهبة.

فيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف الهبة لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: مسألتان في الهبة وبيان أثر المصلحة المرسلة في مشروعيتها:

المسألة الأولى: التبرع بالأعضاء.

المسألة الثانية: التبرع بالدم.

المبحث الثالث: أثر المصلحة المرسلة في الوصايا.

فيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف الوصية لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: مسألة في الوصايا وبيان أثر المصلحة المرسلة في مشروعيتها:

مسألة الوصية لغير الوارث (الوصية الواجبة).

الخاتمة:

فيها أهم النتائج والتوصيات.

وبعد:

فهذا عمل متواضع بذلت فيه جهدي – وهو جهد المقلّ - ليخرج على أفضل صورة ممكنة متحرياً فيه الدقة والأمانة العلمية، ولا شك أنه لن يسلم من الأخطاء والهنات، فما فيه من خير وصواب فمن محض فضل الله تعالى وتوفيقه، ثم بفضل توجيهات مستمرة وإرشادات دقيقة من **أستاذنا الدكتور/ أحمد يوسف سليمان شاهين** – المشرف على هذه الدراسة، جزاه الله عني وعن العلم وطلابه كل خير، وبارك الله له في علمه وعمره ونفع به الإسلام والمسلمين، وما كان فيها من خطأ، أو نقص، أو تقصير، فمن قصوري

وتفريطي، راجياً من الله العفو والمغفرة، وحسبي أني لم أقصد مخالفة حق ظهر لي، أو أعمد إلى تعصب لرأي أو مجانبة صواب.

وأدعو الله أن يشدَّ من أزري وأن يشرح صدري لكشف الحقائق واستنباط الأدلة التي من شأنها تدعيم هذه الحقائق لصالح الفرد والأسرة والأمة، والله الموفق لما فيه الخير والسداد، إنه نعم المولى ونعم النصير، ﴿وَمَا تَوْفِيقِيَ إِلَّا بِاللَّهِ عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أُنِيبُ﴾[1].



(١) سورة هود، من الآية [٨٨].



التمهيد
تعريفات ومصطلحات

تمهيد
تعريفات ومصطلحات

إن من المتفق عليه بين علماء المسلمين أن الأحكام الشرعية إنما شرعت لتحقيق مقاصد سامية، سواء على مستوى الأفراد أو الجماعات، وأنه ينبغي على المجتهد تحرّي هذه المقاصد في ممارسته الاجتهاد، والإفتاء على مقتضى ما يوافقها ويخدمها.

مصادر الشريعة:

المصادر المتفق عليها بين العلماء أربعة: وهي الأدلة الشرعية:

أولاً: القرآن.

ثانياً: السنة النبوية.

ثالثاً: الإجماع.

رابعاً: القياس.

مصادر الشريعة فيما لا نص فيه- المختلف في الاحتجاج بها:

هناك أدلة أخرى مختلف فيها بين العلماء، بين معتبر لها أو غير معتبر، وهي في جملتها لا تخرج عن الكتاب والسنة؛ اللذين هما أساس التشريع الإسلامي، وكل هذه الأدلة- تندرج تحتهما وتدور حولهما بوجه من الوجوه[1].

وهذه المصادر هي: شرع من قبلنا، وقول الصحابي، والقياس، والاستحسان، والاستصلاح، والاستصحاب، والعرف.

وسوف أتناول منها القياس والاستحسان باختصار؛ لعلاقتهما بموضوع بحثنا.

وأقدّمُ هذا التمهيد - بين يدي البحث- توضيحاً لبعض المسائل المتعلقة بموضوع البحث، ومن ثم فإن هذا التمهيد يشتمل على: **تعاريف ومصطلحات**، وتتضمن المفاهيم الآتية:

---

(١) مصادر التشريع الإسلامي وموقف العلماء منها- د. شعبان محمد إسماعيل: ص٢٤٥.

القياس، العلة، تعليل الأحكام الشرعية، الاستحسان، المقاصد الشرعية وعلاقتها بالمصلحة.

نشرع في تفصيلها بعون من الله وتوفيقه فيما يلي:

أولاً: القياس:

القياس هو المصدر الرابع من مصادر التشريع الإسلامي، وقد عمل به صحابة رسول الله ﷺ مستفيدين من توجيه رسول الله ﷺ حين بعث معاذاً[(١)] قاضياً إلى اليمن، قائلاً: (**ماذا تصنع إن عرض عليك القضاء؟**) قال: (أقضي بما في كتاب الله). قال: (**فإن لم تجد؟**) قال: (فبسنة رسول الله ﷺ). **قال: (فإن لم يكن في سنة رسول الله ﷺ؟)** قال: (أجتهد رأيي لا آلو)، فضرب رسول الله ﷺ على صدر معاذ وقال: (**الحمد لله الذي وفّق رسولَ رسولِ الله ﷺ لما يرضي رسول الله**)[(٢)].

---

(١) هو: معاذ بن جبل بن عمرو بن أوس الأنصاري الخزرجي أبو عبد الرحمن، مشهور من أعيان الصحابة، شهد بدراً وما بعدها وكان إليه المنتهى في العلم بالأحكام والقرآن، وأمّره النبي ﷺ على اليمن، مات بالشام سنة ثماني عشرة وعمره ٣٤ سنة، وقيل: غير ذلك. سير أعلام النبلاء ١/ ٤٤٣-٤٤٤، وتقريب التهذيب: ص٥٣٥.

(٢) الحديث أخرجه الترمذي ٣/ ٦١٦: باب ما جاء في القاضي كيف يقضي عن الحارث بن عمرو عن رجال من أصحاب معاذ.. الحديث، وقال الترمذي: لا نعرفه إلا من هذا الوجه وليس إسناده بمتصل، انظر التلخيص الحبير ٤/ ٢٠١، وأبو داود في سننه، كتاب: الأقضية، باب: اجتهاد الرأي في القضاء ٣/ ٣٠٣، رقم٣١١٩. وأحمد في مسنده، ٥/ ٢٣٠ و٥/ ٢٤٢، وأورده ابن الجوزي في العلل المتناهية، باب: في كيفية الحكم والقضاء، وقال: هذا حديث لا يصح ؛ لأن الحارث بن عمرو مجهول. العلل المتناهية ٢/ ٧٥٨. وقال في التلخيص الحبير ٤/ ١٨٢، وتحفة الطالب ١/ ١٥٢، ونصب الراية ٤/ ٦٣: قال البخاري في التاريخ الكبير: لانعرفه ولا يصح عن الحارث بن عمرو أخي المغيرة بن شعبة الثقفي.

(أ) تعريف القياس لغةً:

يأتي القياس في معناه اللغوي بمعنى: تقدير الشيء على مثاله، فيقال: قاس الشيء بغيره، وعلى غيره؛ فانقاس، أي قدره على مثاله، ومن هنا سمي المقدار: مقياساً[(١)].

ويقال: اقتاس الشيء بغيره، بمعنى: قاسه به، وقدره عليه، وكانت العرب تقول: قاس الطبيب الشجة قيساً، ويقصدون بذلك أنه: قدر غورها، كما يأتي هذا اللفظ للاقتداء، فيقال: فلان يقتاس بأبيه اقتياساً؛ أي يسلك سبيله، ويقتدي به[(٢)].

أما الأصوليون: فقد حكوا المعنى اللغوي للقياس في مصنفاتهم بعبارات مختلفة، منها: القياس بمعنى: التقدير، وأن التقدير يستلزم المساواة، وغير ذلك[(٣)].

(ب) تعريف القياس اصطلاحاً:

الأصوليون منقسمون في إمكان تعريف القياس إلى فريقين، وهنا نذكر تعريفين يمثل كل واحد منهما وجهة نظر فريق من الفريقين.

التعريف الأول للقياس:

«القياس: حمل معلوم على معلوم في إثبات حكم لهما، أو نفيه عنهما، بناء على جامع بينهما، من إثبات حكم أو صفة أو نفيهما»[(٤)].

هذا التعريف من التعاريف التي تمثل وجهة نظر القائلين بأن القياس من فعل

---

(١) لسان العرب: لمحمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري ١١/ ٣٠٧، والقاموس المحيط: لمحمد ابن يعقوب الفيروزآبادي ٢/ ٣٥٤، وتاج العروس من جواهر القاموس للزبيدي ٤/ ٢٢٧.

(٢) انظر: مباحث العلة في القياس عند الأصوليين للدكتور عبد الحكيم عبد الرحمن أسعد السعدي، ص١٥-١٦.

(٣) انظر: إرشاد الفحول لمحمد بن علي الشوكاني، ص ١٩٨، ونبراس العقول، للشيخ عيسى منون، ص٩-١١، وبحوث في القياس: ص٣٩-٥١، وتعليقات الدكتور طه جابر العلواني على المحصول ٢/ ١٠-١١.

(٤) انظر: مباحث العلة في القياس عند الأصوليين للسعدي: ص٢٥.

المجتهد»[١]. والذي ذهب إليه: القاضي أبو بكر الباقلاني[٢]، نقله عنه الآمدي[٣] في الإحكام قائلا: «وقد وافقه عليه أكثر أصحابنا»[٤]، كما نقله عنه الإمام الرازي[٥] في المحصول، قائلا: «واختاره جمهور المحققين منا»[٦]. كما أن إمام الحرمين[٧] اعتبره أقرب

---

(١) ومن التعاريف التي هي على هذه الشاكلة: تعريف الإمام البيضاوي، ونصه: «إثبات مثل حكم معلوم في معلوم آخر، لاشتراكهما في علة الحكم عند المثبت» وفيه مناقشات وعليه اعتراضات يرجع إليها في: المنهاج وشرحي الإسنوي والبدخشي عليه ٣/ ٣-٨، ونبراس العقول، ص١٥-٣٧، وبحوث في القياس، ص٥٥-٧٧.

(٢) هو: محمد بن الطيب بن محمد بن جعفر أبو بكر الباقلاني(٣٣٨-٤٠٣هـ)، وُلِد في البصرة، قاض، من كبار علماء الكلام، انتهت إليه الرياسة في مذهب الأشاعرة، كان جيد الاستنباط سريع الجواب، سكن بغداد وتوفي فيها، من كتبه: "إعجاز القرآن". انظر: وفيات الأعيان ٤/ ٢٦٩ والأعلام ٦/ ١٧٦.

(٣) هو: سيف الدين أبو الحسن علي بن أبي علي بن محمد الحنبلي ثم الشافعي المتكلم العلامة صاحب التصانيف العقلية، ولد سنة (٥٥١هـ)، قرأ القرآن والفقه، وبرع في الخلاف، وتفنن في علم النظر والكلام، كان من أذكياء العالم، ومن مصنفاته: "الإحكام"، توفي سنة(٦٣١هـ). انظر: شذرات الذهب ٥/ ١٤٤، وسير أعلام النبلاء للذهبي ٢٢/ ٣٦٤.

(٤) الإحكام للآمدي ٣/ ١٧٠.

(٥) هو: محمد بن عمر بن الحسين بن الحسن بن علي فخر الدين أبو عبد الله القرشي الرازي ولد سنة ٥٤٤هـ، المفسر المتكلم، إمام أهل عصره في العلوم العقلية، صاحب المصنفات المشهورة مثل: المحصول ومفاتيح الغيب في التفسير، توفي سنة ٦٠٦هـ. انظر: سير أعلام النبلاء ٢١/ ٥٠٠، وطبقات المفسرين للسيوطي: ص ١١٥.

(٦) المحصول في علم أصول الفقه للإمام فخر الدين الرازي ٢/ ٢.

(٧) هو: ضياء الدين أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله الجويني المعروف بإمام الحرمين إمام الأئمة في زمانه (٤١٩-٤٧٨هـ) وكان رحمه الله متواضعاً بحيث يظن جليسه أنه يستهزئ به، رقيق القلب بحيث يبكي إذا سمع شيئاً أو تفكر في نفسه ساعة، ومن مصنفاته: "البرهان في أصول الفقه"، "الغياثي وهو غياث الأمم عند التياث الظلم"،و"نهاية المطلب في المذهب"، و "الإرشاد في أصول الدين". انظر: طبقات الفقهاء: ص٢٣٨، وسير أعلام النبلاء ١٨/ ٤٦٨، وطبقات الشافعية ٢/ ٢٥٥.

العبارات إلى تعريف القياس(١).

وإنما عدل عنه الآمدي في الإحكام لما ورد عليه من الإشكالات إلى تعريف اختاره فقال: «إنه عبارة عن الاستواء بين الفرع والأصل في العلة المستنبطة من حكم الأصل» قال: «هذه عبارة جامعة، مانعة، وافية بالغرض، عرية عما يعترضها من التشكيكات العارضة لغيرهم على ما تقدم..»(٢).

لكن هذا لم يسلم من الاعتراض، لذا نجد غيره كابن السبكي(٣) هذبه وحذف منه بعض مواطن الإشكال فقال: «هو حمل معلوم على معلوم؛ لمساواته في علة حكمه عند الحامل»(٤)، وبهذا التهذيب أصبح التعريف لا يرد عليه ما يرد على أصله.

التعريف الثاني للقياس:

القياس: «إبانة مثل حكم أحد المذكورين بمثل علته في الآخر بالرأي»(٥)، وهذا التعريف من التعريفات التي تمثل وجهة نظر القائلين: بأن القياس دليل مستقل، لا من فعل المجتهد، ذكره ملا خسرو من الحنفية في المرآة، والإزميري في حاشيته على المرآة وقد اختاره من بين

---

(١) انظر: البرهان للإمام الجويني ٢/ ٧٤٥، وراجع: الأحكام للآمدي: ٣/ ١٧٠، والمحصول ٢/ ٢.

(٢) الإحكام للآمدي ٣/ ١٤٧.

(٣) هو: عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي (٧٢٧-٧٧١هـ)، قاضي القضاة أبو نصر بن الشيخ الإمام شيخ الإسلام تقي الدين أبي الحسن الأنصاري الخزرجي السبكي، انتهت إليه رياسة القضاء والمناصب بالشام، وكان طلق اللسان، قوي الحجة، ماهراً في الأصول والفقه والحديث، صنّف: "طبقات الشافعية الكبرى" و"جمع الجوامع" و"منع الموانع". وغيرها. انظر: طبقات الشافعية ٣/ ١٠٤، والأعلام للزركلي ٤/ ١٨٤.

(٤) انظر: جمع الجوامع بشرح الجلال المحلى ٢/ ٢٠٢.

(٥) انظر: مباحث العلة في القياس عند الأصوليين، السعدي: ص٢٥.

التعريفات التي ذكرها الأصوليون، وذكر أنه منقول عن الشيخ أبي منصور الماتريدي[١] وقال عنه: «وهو أحسن التعاريف المذكورة ههنا، لسلامته عن الشبهات المذكورة»[٢].

أما ابن ملك[٣] فقد ذكر تعريفات كثيرة ثم ذكر هذا التعريف مرجحاً له على غيره حيث وصفه بأنه «الحد الصحيح».

أما الرهاوي[٤] فقد ذكر أنه اختيار المحققين، وبمثل ذلك قال صاحب ميزان الأصول[٥].

التعريف المختار:

بعد ذكر تعريفين من التعاريف التي ذكرها الأصوليون في القياس، ومن أجل التوفيق يجدر القول: إنه لا تنافي بين أن يكون القياس من فعل المجتهد وبين أن يكون دليلا نصبه الشارع على الحكم.

---

(١) هو: أبو منصور محمد بن محمود الماتريدي، نسبة إلى ماتريد من أعمال سمرقند، إمام المتكلمين وعلماء العقائد، توفي سنة ٣٣٣هـ، ومن مصنفاته: كتاب أوهام المعتزلة، والجدل في أصول الفقه. انظر: الأعلام ٧/ ٢٤٢.

(٢) مرآة الأصول للإزميري ٢/ ٢٧٥-٢٧٨.

(٣) هو: عبد اللطيف بن عبد العزيز، الملقب: بعز الدين، وشهرته ابن ملك وهو فقيه، أصولي، حنفي، ومحدث. له تصانيف كثيرة؛ منها: مبارق الأزهار شرح مشارق الأنوار في الحديث، وله شرح المنار في الأصول، توفي سنة ٨٨٥هـ. انظر: الفتح المبين: ٣/ ٥٠، شذرات الذهب: ٧/ ٣٤٢، الأعلام ٤/ ٨٢، الفوائد البهية: ص١٠٧.

(٤) هو: شرف الدين أبو زكريا يحيى بن قراجا الرهاوي، فقيه حنفي مصري، أصله من الرها بين الموصل والشام، له حاشية على شرح الوقاية لصدر الشريعة. انظر: الأعلام ٨/ ١٦٣.

(٥) ابن ملك في شرحه للمنار: وحاشية يحيى الرهاوي عليه: ص٧٥٠، طبع المطبعة العثمانية- اسطنبول، وانظر: ميزان الأصول في نتائج العقول: للسمرقندي: ص٨٢١.

يقول العطار[١] في حاشيته على شرح المحلِّي على جمع الجوامع: «لا مانع من أن ينصب الشارع حمل المجتهد من حيث هو.. أي: الحمل الذي من شأنه أن يصدر عن المجتهد، للاستواء في علة الحكم، سواء وقع أم لم يقع، بل: ولا مانع من نصب الشارع فعل المجتهد دليلا له ولمن قلده»[٢].

ولذا أرى أن ما ذهب إليه القاضي أبو بكر وعليه الجمهور هو الراجح من التعريفات التي ذكرت في القياس.

(جـ) أركان القياس:

أركان القياس عند الأصوليين:

الركن الأول: الأصل.

الركن الثاني: الفرع.

الركن الثالث: حكم الأصل.

الركن الرابع: الوصف الجامع بين الأصل والفرع (العلة).

ونحن حينما نذكر الأركان فإنما هو للتوصل إلى موقع العلة من القياس.

ثانياً: العلة:

(أ) تعريف العلة لغة:

العلة: تأتي بفتح العين وبكسرها.

أما بالفتح: فإنها بمعنى الضرة، وبنو العلات: بنو رجل واحد ومن أمهات شتى، وإنما سميت الزوجة الثانية علة، لأنها تعل بعد صاحبتها، من العلل الذي يعنى بها الشربة الثانية عند سقي الإبل، والأولى منهما تسمى النهل.

---

(١) هو: حسن بن محمد العطار، الشافعي، الأزهري، المغربي، المصري المولد والنشأة والوفاة (١١٨٠-١٢٥٠هـ) عالم، أديب، مشارك في الأصول والنحو وكثير من العلوم، تولى مشيخة الأزهر، من تصانيفه: "حاشية على شرح الأزهرية للشيخ خالد في النحو" و"حاشية على جمع الجوامع في الأصول". معجم المؤلفين ٢/ ١٢٤.

(٢) حاشية العطار على شرح الجلال المحلى على جمع الجوامع، للشيخ حسن العطار ٢/ ٢٤٠.

وأما بالكسر: فإنها تأتي بمعنى المرض، يقال: اعتل العليل علة صعبة، من عل يعل واعتل، أي: مرض فهو عليل، وأعله الله.

كما تأتي بمعنى السبب، جاء في اللسان: «هذا علة لهذا، أي: سبب، وفي حديث عائشة رضي الله عنها: (فكان عبد الرحمن -تعني أخاها- يضرب رجلي بعلة الراحلة، أي: بسببها، يظهر أنه يضرب جنب البعير برجله، وإنما يضرب رجلي)[(١)]»[(٢)].

(ب) تعريف العلة اصطلاحاً:

لعلماء الأصول تعريفات كثيرة للعلة، منها:

التعريف الأول:

أنه يراد بها«المعرف للحكم» والذاهبون إلى هذا التعريف يجعلونها بهذا المعنى (عَلَماً) على الحكم فمتى ما وجد المعنى المعلل به عرف الحكم، بل إن بعضهم صرح بكونها كذلك، فقال: «ما جعل علماً على حكم النص» وعنوا بقولهم (علما) الأمارة والعلامة؛ وبهذا تكون العلة: أمارة على وجود الحكم في الفرع والأصل معا،أو علامة على وجوده في الفرع فقط كما يرى بعض الأصوليين.

كما أن الذاهبين لهذا التعريف يشيرون إلى أن العلة غير مؤثرة حقيقة، بل المؤثر في الحقيقة هو الله تعالى، ويردون بذلك على من يقول: إنها هي المؤثر. وممن اختار هذا التعريف: الإمام البيضاوي[(٣)]، وكثير من الحنفية وبعض الحنابلة[(٤)].

---

(١) الحديث رواه مسلم عن عائشة رضي الله عنها، انظر: صحيح مسلم، كتاب الحج، باب: بيان وجوه الإحرام، ٢/ ٨٨٠، رقم ١٢١١.

(٢) لسان العرب لابن منظور ٤/ ٣٠٨٠، مادة "علل"، والصحاح للجوهري ٥/ ١٧٧٣ مادة "علل".

(٣) هو: القاضي ناصر الدين أبو الخير عبد الله بن عمر بن محمد الشيرازي البيضاوي، من قرية يقال لها: البيضا من أعمال شيراز، كان عالماً بعلوم كثيرة، صالحاً خيِّراً، له: مختصر الكشاف، ومختصر الوسيط، توفي سنة ٦٩١هـ. انظر: طبقات الشافعية للإسنوي ١/ ١٣٦.

(٤) يراجع: المنهاج مع شرح الإسنوي والبدخشي ٣/ ٣٧، وإرشاد الفحول،ص٢٠٧، والمرآة للإزميري: ٢/ ٢٩٨، ونشر البنود ٢/ ١٢٣٩، والتوضيح ٢/ ٦٢، وروضة الناظر،ص ١٦٩، وشرح الكوكب المنير،ص ٤٨٨.

التعريف الثاني:

العلة هي: «الوصف المؤثر في الأحكام بجعل الشارع لا لذاته»، واختار هذا التعريف الإمام الغزالي وبعض الأصوليين. يقول الإمام الغزالي: «والعلة في الأصل: عبارة عما يتأثر المحل بوجوده: ولذلك سمي المرض علة، وهي في اصطلاح الفقهاء على هذا المذاق..أهـ»(١).

وقال أيضاً: «والعلة موجبة، أما العقلية فبذاتها، وأما الشرعية فبجعل الشرع إياها موجبة على معنى إضافة الوجوب إليها، كإضافة وجوب القطع إلى السرقة، وإن كنا نعلم أنه إنما يجب بإيجاب الله تعالى»(٢).

وقال أيضاً: «العلة عبارة عن موجب الحكم، والموجب: ما جعله الشرع موجبا، مناسباً كان أو لم يكن، وهي كالعلل العقلية في الإيجاب، إلا أن إيجابها بجعل الشارع إياها موجبة لا بنفسها... أ.هـ»(٣).

ثالثاً: تعليل الأحكام الشرعية:

(أ) تعريف تعليل الأحكام الشرعية:

لغة: تعليل مصدر الفعل علَّل – على وزن فَعْلَلَ – يقال علل فلان، أي سقى سقياً بعد سقي، وأيضا: جنى الثمرة مرة بعد أخرى، ويقال: علل فلان بطعام أي: شغله ولهاه به، وفلان يعلل نفسه بتَعِلَّة، أي يُشْغلها ويُطْمِعُها، وعلل الشيء: بيَّن علته وأثبته بالدليل(٤).

---

(١) انظر: شفاء الغليل للغزالي، ص٢٠-٢١، وانظر: المستصفى للغزالي ١/ ٩٥-٦٠، والبحر المحيط للزركشي: ٣/ ١٦٥، والإسنوي على المنهاج: ٣/ ٣٩، وحاشية الإزميري على شرح مرقاة الوصول، المسمى بمرآة الأصول لمنلا خسرو ٢/ ٢٩٨، وإرشاد الفحول للشوكاني: ص٢٠٧.

(٢) انظر: شفاء الغليل: ص٢١.

(٣) المصدر السابق: ص٥٦٩.

(٤) لسان العرب ١١/ ٤٦٧.

اصطلاحاً: تقرير ثبوت المؤثر لإثبات الأثر[١].

ومثاله: تقرير ثبوت الإسكار (المؤثر)، لإثبات الحكم (الأثر)، وهو تحريم الخمر[٢].

معنى تعليل الأحكام الشرعية:

تبيين العلة الشرعية وتقرير ثبوتها في خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير أو الوضع[٣].

علاقة التعليل بالمصلحة:

القول بتعليل أحكام الله بتحقيق مصالح العباد ودرء المفاسد عنهم، وجوداً وعدماً يدخل في صميم بحثنا.

حيث إن استخراج علل الأحكام الشرعية، ثم بناء أحكام جديدة عليها، وتعلق الأحكام على عللها، يتطلب من الأصولي إدراك قواعد ترجيح المصالح، حتى لا يقدم مصلحة دنيا على عليا أو يقيس الأحكام مع افتراق عللها ومصالحها.

كما أن من شروط العلة أن يكون الوصف مناسباً؛ أي أن يكون مظنة لتحقيق حكمة الحكم، وحيث يكون ربط الحكم بالوصف وجوداً وعدماً من شأنه أن يحقق ما قصده الشارع بتشريع الحكم من جلب نفع أو دفع ضرر وفق ما قرره الشرع من موازين الترتيب للمصالح والمفاسد.

كما يتضح هذا الأمر في بعض مصادر التشريع التي تنطلق من تعليل أحكام الله بالمصالح، كالقياس والمصلحة المرسلة وسد الذرائع والاستحسان.

---

(١) الكليات لأبي البقاء أيوب بن موسى الكفوي: ص ٢٩٤، وانظر: تعليل الأحكام الشرعية دراسة وتطبيقاً للدكتور العنقري: ص٢٤، والتعريفات للجرجاني: ص٦١

(٢) تعليل الأحكام الشرعية دراسة وتطبيقاً: ص ٢٤.

(٣) المرجع السابق: ص ٣٣.

وقد نقل ابن الحاجب[١] إجماع الفقهاء على تعليل الأفعال في مختصره[٢]. ومن قبله نقله الآمدي، ولعله تابعه فيه.

ورب قائل يقول: كيف يصح هذا الإجماع مع أن علماء الأصول أنفسهم حكوا خلافاً في التعليل على مذاهب أربعة:

الأول: أنه لا يجوز تعليل الحكم بعلة إلا إذا قام الدليل على كونه بخصوصه معللا وليس الأصل فيه التعليل.

والثاني: أن النص معلل بكل وصف صالح للتعليل ولا يحتاج إلى دليل إلا إذا تعارضت الأوصاف.

والثالث: أن الأصل في النصوص التعليل ولا يحتاج في طلب العلة إلى إقامة دليل على أنه معلل، ولا يصح التعليل بكل وصف، بل لابد لتعيين ذلك من دليل.

والرابع: أن الأصل في الأحكام التعليل لكن لابد قبل معرفة العلة من مسلكها من معرفة أن النص معلول بعلة ما...

والجواب: أن محل هذا الخلاف إنما هو في تعليل المجتهد للحكم الذي ورد به النص؛ لأجل القياس وتعدية الحكم إلى الفرع، ومحل الإجماع بالنظر إلى الواقع ونفس الأمر، وأن الحكم لا بد له من علة يناط بها. فالإجماع في موضع، والخلاف في آخر.

وعلى أنك لو تأملت هذا الخلاف لوجدته من صنع الجدل والمناظرات التي كانت تدور بين أتباع الأئمة، فإذا ادعى أحدهم علة أجابه مخالفه بأن الأصل عدم التعليل فأقم

---

(١) هو: عثمان بن عمر بن أبي بكر بن يونس، أبو عمرو جمال الدين ابن الحاجب(٥٧٠-٦٤٦هـ)، فقيه مالكي، من كبار العلماء، ولد ونشأ بمصر، وهو كردي الأصل، وكان أبوه حاجباً فعرف به، من تصانيفه: "مختصر الفقه"، و"الكافية" وغيرها. انظر: شذرات الذهب ٣/ ٢٣٤، والأعلام للزركلي ٤/ ٢١١.

(٢) شرح العضد ٢/ ٢٣٨ في دليل السبر والتقسيم.

الدليل أولاً على أن هذا النص معلل وحيث لم تفعل فلا أسلم لك هذه العلة. فيعجز الناظر، وإذا قال له: الأصل في النصوص التعليل، رده عليه بأن كثيراً من النصوص تعبدية فأين دليل هذا الأصل؟

وهؤلاء المنكرون في علم الكلام اعترفوا بالتعليل في تآليفهم في أصول الفقه، وإلا فكيف يقال بالقياس حيث لا تعليل؟ فقد رأينا الفخر الرازي مع إنكاره في علم الكلام يثبت ذلك في محصوله عند الكلام على مسالك المناسبة وهل تصلح دليلا على العلية أم لا؟ ويورد الأدلة الكثيرة على هذه الدعوى، ثم يقول في نهاية كلامه: «فهذه الوجوه الستة دالة على أن الله تعالى ما شرع الأحكام إلا لمصالح العباد، ثم اختلفت الناس بعد ذلك: فالمعتزلة صرحوا بأنه يجب أن يكون فعله مشتملا على المصلحة، وأنه يقبح من الله فعل القبيح وفعل العبث، والفقهاء يقولون: إنما شرع الأحكام لمصالح العباد تفضلاً وإحساناً على عباده»[1] أهـ.

وأقول: ولا غرابة في هذا، فإن العالِم المقلد لغيره إذا ألَّف في علمين قد ينصر في أحدهما ما يبطله في الآخر إذا اختلف إمامه فيهما. وإمام الرازي في الكلام هو الأشعري، وإمامه في الفقه والأصول هو الشافعي. وأعجب من هذا أنه في أصول الفقه نصر التعليل في هذا الموضع «المناسبة» وأبطله في تعريف العلة. ولعل منشأ هذا التناقض أنه وجد نفسه عند التعريف بصدد الرد على المعتزلة المخالفين له في العقيدة في هذه المسألة فأنكر التعليل، وفي المناسبة لم يجد كلاماً فاعترف به أو قلد غيره وسها عن أصله الذي أصّله.

ومن الإنصاف أن نقول: إنه أبان آخراً ما أراده من النفي أولاً «وهو أن نفيه كان منصباً على الوجوب لا على أصل التعليل».

---

(١) نقلاً عن صاحب نبراس العقول في القياس، الشيخ عيسى منون: ص ٣٢٩.

رابعاً: الاستحسان:

تعريف الاستحسان لغة:

الاستحسان في اللغة: عد الشيء حسناً[(١)].

وجاء في القاموس المحيط: «واستحسنه عدّه حسناً»[(٢)].

وليس هناك خلاف بين الأصوليين والفقهاء في جواز استعمال لفظ الاستحسان[(٣)]؛ لوروده في القرآن الكريم كقوله ﷻ: ﴿ٱلَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ ٱلْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُۥٓ﴾[(٤)].

ولوروده في السنة كما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه: (وما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن)[(٥)].

الاستحسان في اصطلاح بعض الفقهاء والأصوليين:

وردت في عبارات المجتهدين كما قال الإمام الشافعي «أستحسن في المتعة أي الهدية بعد الطلاق - أن تكون ثلاثين درهما، وأستحسن ثبوت الشفعة للشفيع إلى ثلاثة أيام، وأستحسن ترك شيء للمكاتب من نجوم الكتاب- أي أقساطها-».

وقال في السارق إذا أخرج يده اليسرى بدل يده اليمنى عند إقامة الحد: «القياس أن تقطع وأستحسن التحليف على المصحف ونحو ذلك»[(٦)].

---

(١) التلويح على التوضيح للتفتازاني ٢/ ٥٧١.

(٢) القاموس المحيط للفيروز آبادي ٤/ ٢١٤، مادة "حسن".

(٣) شرح الإسنوي ٣/ ١٦٨.

(٤) سورة الزمر، الآية [١٨].

(٥) أخرجه أحمد ١/ ٣٧٩ موقوفاً على ابن مسعود بإسناد حسن، وكذلك أخرجه البزار والطيالسي والطبراني وأبو نعيم في ترجمة ابن مسعود والبيهقي في كتاب الاعتقاد وأخرجه أيضاً من وجه آخر عن ابن مسعود. انظر: كشف الخفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس: لإسماعيل الجراحي ٢/ ٢٤٥، والدراية في تخريج أحاديث الهداية لابن حجر ٢/ ١٨٧.

(٦) شرح المحلى على جمع الجوامع ٢ / ٢٢٨.

وترجم بعض فقهاء الحنفية بالاستحسان لمسائل الحظر والإباحة، فيرى ابن عابدين[١] أن الاستحسان «استخراج المسائل الحسان»[٢].

وعرف الكرخي[٣] الاستحسان بقوله: «الاستحسان هو أن يعدل الإنسان على أن يحكم في المسألة بمثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه لوجه يقتضي العدول عن الأول»[٤].

وهذا التعريف هو المختار من التعريفات وهو ما نراه راجحاً والله أعلم.

علاقة الاستحسان بالمصلحة المرسلة:

المصلحة المرسلة هي المصلحة التي لم يشهد لها نص معين بالاعتبار ولا بالإلغاء، وإنما شهدت النصوص لجنسها، وإذا كان الاستحسان هو العمل بمصلحة في مقابلة عموم أو قياس فإنه يكون كل استحسان فيه عمل بمصلحة مرسلة، ويتفرق عن المصلحة بأنه عمل بهذه المصلحة في مقابلة عموم أو قياس. في حين أنه في المصلحة المرسلة لا نجد هناك عموماً أو قياساً تعتبر المصلحة استثناء منه.

ويمثل المالكية بأمثلة واحدة للمصالح المرسلة والاستحسان كما فعلوا في تضمين الصناع، فإن الشاطبي مثّل به مصلحة لم يشهد نص شرعي لعينها، وإنما دخلت تحت جنس اعتبره الشارع وعلمت ملاءمته لتصرفاته من مجموعة نصوص، وتسمى مصلحة مرسلة،

---

(١) هو محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي(١١٩٨-١٢٥٢هـ)، فقيه الديار الشامية، وإمام الحنفية في عصره، مولده ووفاته في دمشق. له: "رد المحتار على الدر المختار" يعرف بحاشية ابن عابدين. انظر: معجم المطبوعات ١/ ١٥٠، والأعلام ٦/ ٤٢.

(٢) رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ٥/ ٢١٩٦.

(٣) هو: أبو الحسن عبيد الله بن الحسين بن دلال الكرخي، الفقيه الحنفي، ولد سنة ٢٦٠هـ بكرخ وعاش ببغداد، توفي سنة ٣٤٠هـ، من مصنفاته: "المختصر"، و"شرح الجامع الصغير" انظر: تاريخ بغداد ١٠/ ٣٥٣.

(٤) كشف الإسرار على لأصول البزودي: ص ١١٢٣.

ومن حيث إن هذه المصلحة بتضمين الأجير المشترك[(١)]: «فإن قيل هذا من باب المصالح المرسلة لا من باب الاستحسان، قلنا نعم. إلا أنهم صوروا الاستحسان بصور الاستثناء من القواعد، بخلاف المصالح المرسلة. ومثل ذلك يتصور في مسألة التضمين[(٢)]، فإن الأجراء مؤتمنون بالدليل لا بالبراءة الأصلية، فصار تضمينهم في حيز المستثنى من ذلك الدليل فدخلت تحت معنى الاستحسان بذلك النظر»[(٣)].

وأما من أدخل في الاستحسان العمل بالإجماع والعرف وقاعدة رفع الحرج فإن الاستحسان يكون أعم من المصلحة المرسلة؛ إذ تكون المصلحة نوعاً من الاستحسان.

خامساً: المقاصد الشرعية وعلاقتها بالمصلحة:

معنى مقاصد الشريعة:

مقاصد الشريعة من المباحث الأصولية المهمة التي بدأت تنفرد باهتمام خاص في دراسة الباحثين، لصلتها بالعديد من المباحث في العلوم الشرعية، وفيما يلي حد لماهيتها وبيان لبعض المباحث المتعلقة بها.

التعريف اللغوي لمقاصد الشريعة:

المقاصد: جمع مقصد، والمقصد: هو مصدر ميمي مشتق من الفعل قصد، يقال: قصد

---

(١) الأجير المشترك: هو من يعمل لا لواحد، كالخياط، ونحوه، أو يعمل لواحد عملا غير موقت، كأن استأجره للخياطة في بيته غير مقيدة بمدة، أو يعمل لواحد عملا مؤقتا بلا تخصيص. انظر: القاموس الفقهي ١/ ١٥.

(٢) التضمين: هو أن يتمحض تمليكا وليس فيه معنى إسقاط حق؛ بدليل أنه يأخذ منه البدل لما نقل الملك فيه إليه فصار هذا تخصيصا له بالتمليك فاختص به ولم يجز ما قبله. انظر: الفروق لأسعد الكرابيسي ٢/ ٢٦٥.

(٣) الاعتصام ٢/ ١٤١.

قصداً ومقصداً[(١)]. فالقصد والمقصد بمعنى واحد.

أما معنى الشريعة الإسلامية: فهي جملة التكاليف والأوامر الشرعية التي أنزلها الله تعالى في كتابه الكريم والتي بيّنها الرسول ﷺ في سنّته الشريفة.

وبذلك تكون مقاصد الشريعة الإسلامية جملة الأهداف والغايات التي انطوى عليها تشريع الله وهديه.

التعريف الاصطلاحي لمقاصد الشريعة الإسلامية:

بيَّن العلماء والباحثون المعاصرون تعريفات متقاربة لحقيقة المقاصد الشرعية، ويمكن أن نورد بعض هذه التعريفات بغية استخلاص تعريف جامع ومختار قديستأنس به أهل العلم وأرباب المعرفة والبحث والتحقيق.

* **فقد عرفها الشيخ محمد الطاهر بن عاشور**[(٢)]: بأنها «المعاني والحكم الملحوظة للشارع في جميع أحوال التشريع أو معظمها، بحيث لا تختص ملاحظتها بالكون في نوع خاص من أحكام الشريعة، فيدخل في هذا أوصاف الشريعة وغاياتها العامة والمعاني التي يخلو التشريع عن ملاحظتها، ويدخل في هذا معان من الحكم ليست ملحوظة في سائر أنواع الأحكام ولكنها ملحوظة في أنواع كثيرة منها»[(٣)].

---

(١) انظر معجم مقاييس اللغة ٥/ ٩٥، والمعجم الوسيط ٢/ ٧٣٨، ومتن اللغة ٤/ ٥٧٦، ولسان العرب ٣/ ٩٦ ومفردات ألفاظ القرآن للراغب الأصفهاني: ص٤١٨، والمصباح المنير لأحمد بن محمد الفيومي: ص٢٦٠.

(٢) هو: محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن محمد الشاذلي بن عاشور التونسي، وُلِد سنة ١٢٩٦هـ-١٨٧٩م، الإمام الضليع في العلوم الشرعية واللغوية والأدبية والتاريخية، قال عنه صديقه العلامة الشيخ محمد الخضر حسين: «... وبالإجمال ليس إعجابي بوضاءة أخلاقه وسماحة آدابه بأقلّ من إعجابي بعبقريّته في العلم». له تصانيف كثيرة؛ منها: "التحرير والتنوير في تفسير القرآن الكريم"، في ثلاثين مجلداً، و"مقاصد الشريعة الإسلامية"، توفي سنة ١٣٩٤هـ-١٩٧٣م. انظر: تراجم المؤلفين التونسيين لمحمد محفوظ ٣/ ٣٠٤.

(٣) انظر مقاصد الشريعة الإسلامية لمحمد الطاهر بن عاشور: ص٢٥١.

* وعرفها غيره بتعريفات تتقارب في جملتها وعمومها، وتختلف في صياغتها ومبانيها، وتلتقي كلها أو معظمها في معنى مشترك ومدلول جامع جعل بمثابة **التعريف المختار** وهو: أن المقاصد الشرعية في جملة المعاني الملحوظة في الأحكام الشرعية، والمترتبة عليها، سواء أكانت تلك المعاني حِكَماً جزئية، أم مصالح كلية، أم سمات إجمالية، وهي تتجمع ضمن هدف واحد هو تقرير عبودية الله عز وجل وتحقيق مصلحة الإنسان في الدارين[1].

* ومعنى هذا التعريف أن المقاصد هي غايات التشريع الإسلامي وأسراره وأهدافه في الدنيا والآخرة،أو هي المصالح التي أقرها الشارع في تشريعه، سواء بجلب ما ينفع الناس، أو إبعاد ما يضرهم ويفسدهم في الدنيا والآخرة.

* وهذه المصالح متنوعة ومتعددة، فمنها ما يكون خاصاً بالفرد، ومنها ما يكون عاماً للجميع أو الأغلب، ومنها ما يكون متعلقاً بحكم شرعي معين، ومنها ما يتعلق ببعض الأحكام أو جميعها، ومنها ما يكون قطعياً ويقينياً، ومنها ما يكون ظنياً واحتمالياً[2].

والخلاصة:

أن المقاصد هي مصالح الشريعة وأهدافها وسماتها، وهي تهدف إلى إصلاح الإنسانية في معاشها ودنياها، وفي معادها وآخرتها.

علاقة المقاصد الشرعية بالمصلحة:

إن المصلحة بالمعنى الأصولي ملازمة لمقاصد الشارع ولا يتصور انفكاكها عنها، وقد أساء بعض المعاصرين المهتمين بعلوم الشريعة فَهْمَ لفظ (المصلحة) في إطلاقات الفقهاء والأصوليين في أدوار الفقه الإسلامي،الذين كانوا يبررون بها بعض اختياراتهم الفقهية أو الأصولية، فحملها على إطلاقاتها الحالية في الفلسفة والقانون.

---

(١) انظر الموسوم بالاجتهادي المقاصدي حجيته، وضوابطه، مجالاته، للخادمي: ص ٥٢- ٥٣.

(٢) المقاصد الشرعية: تعريفها. أمثلتها. حجيتها / نور الدين الخادمي: ص٥٠.

وقد صرح بعض الأصوليين بهذا الترادف بين المصلحة ومقصود الشارع كما جاء ذلك عن الإمام الغزالي: «نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع، ومقصود الشرع من الخلق خمسة: وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم وما لهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة»(١).

وبذلك يتضح أنه لا تلازم بين إطلاقات الفقهاء للفظ المصلحة وبين إطلاقات الفلاسفة وأهل القانون، فلا تلازم أيضا بين المصلحة في عرف الناس وبين المصلحة في عرف الشارع، وإذا ناقضت مصلحة الناس مصلحة الشارع فإن مصلحة الناس ليست حقيقية بل هي مجرد أهواء وشهوات زينتها النفس وألبستها العادات والتقاليد ثوب المصلحة والمنفعة(٢)، وحمل بعض المصطلحات على غير محاملها في علم أصول الفقه سببه الذهول عن التطور الدلالي للكثير من مصطلحات هذا العلم كما في مصطلح (المصلحة)، فإن منعكساته النفسية الحالية تختلف عن منعكساته التي رافقت وضعه في علم مقاصد الشريعة؛ لأن هذا المصطلح قد تعاقبت عليه تطورات عدة في الفكر الإنساني وحتى الفكر الإسلامي، مما يجعل وفاء هذا المصطلح بالدلالة الكاملة والدقيقة التي قصدها واضعوه منه في الإطلاقات الحالية له أمراً مستبعداً، أما تأثيرات التحويلات الكبرى في الحياة الإنسانية على مدلولات الألفاظ وعلاقة مقاصد الشريعة كعلم بمصطلحاته فلن تخرج عن الإطار العام لعلاقة المعرفة بالحياة، هذه العلاقة التي تتسم بخاصية التأثير والتأثر المتبادل (٣).



(١) المستصفى ١/ ٤١٧.

(٢) نظرية المصلحة في التشريع الإسلامي، حسين حامد حسان: ص٦.

(٣) انظر: المدخل إلى علم مقاصد الشريعة للدكتور عبد القادر بن حرز الله: ص٢٠- ٢١.



الفصل الأول

تأصيل المصلحة المرسلة

ويشتمل على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: التعريف بالمصالح المرسلة وبيان مدى حجيّتها.

المبحث الثاني: أقسام المصالح المرسلة وشروطها.

المبحث الثالث: موقف العلماء من المصالح المرسلة.

المبحث الأول
التعريف بالمصالح المرسلة وبيان مدى حجيّتها

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول
تعريف المصالح المرسلة لغة واصطلاحاً

أولاً: تعريف المصالح المرسلة في اللغة:

للمصلحة في اللغة عدة تعريفات منها:

١ - **قال الرازي**(١): «الصلاح ضد الفساد، وبابه دَخَلَ، وصَلُح أيضاً بالضم، والإصلاح: ضد الإفساد، و(المصلحة): واحدة المصالح، و (الاستصلاح): ضد الاستفساد»(٢).

٢ - **وقال ابن منظور**(٣): « المصلحة: الصلاح، والمصلحة: واحدة المصالح، وهي كالمنفعة: واحدة المنافع وهي ضد الفساد، وأصلح الشيء بعد فساده أقامه..»(٤).

---

(١) هو: محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي زين الدين، أصله من الري، وهو من فقهاء الحنفية، وله علم بالتفسير والأدب، زار مصر والشام، ومن كتبه: مختار الصحاح في اللغة، توفي بعد سنة٦٦٦هـ. انظر: الأعلام للزركلي ٦/ ٥٥.

(٢) مختار الصحاح: للإمام محمد بن أبى بكر بن عبد القادر الرازي، ص١٥٤.

(٣)هو محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الأفريقي، صاحب "لسان العرب"، واشتهر به، الإمام اللغوي الحجة من نسل رويفع بن ثابت الأنصاري، وُلِدَ سنة٦٣٠هـ بمصر، وقيل: في طرابلس الغرب، قال ابن حجر: «كان مغري باختصار كتب الأدب المطوّلة»، وتوفي بالقاهرة سنة٧١١هـ. انظر: معجم المطبوعات العربية ١/ ٢٥٥، والأعلام ٧/ ١٠٨.

(٤)لسان العرب: ٢/ ٥١٦-٥١٧، مادة "صلح".

٣- وقال الفيومي[(١)]: « صلح الشيء صُلُوحاً من باب قعد، وصلاحاً أيضاً، وصَلُحَ بالضم لغة وهو خلاف فَسَدَ »[(٢)].

٤- وقال الفيروزآبادي[(٣)]: «المصلحة: واحدة المصالح، واستصلح: نقيض استفسد»[(٤)].

٥- وأصلح: « أتى بالصلاح وهو الخير والصواب، وفي الأمر مصلحة أي: خير، والصلح اسم منه وهو: التوفيق... وهو صالح للولاية أي له أهلية القيام بها »[(٥)].

٦- وقال في تاج العروس: « الصلاح ضد الفساد ورأي الإمام المصلح في كذا والمصلحة واحدة المصالح أي الصلح ونظر في مصالح الناس وهو من أهل المصالح لا المفاسد واستصلح نقيض استفسد »[(٦)].

٧- وذكر في تاج اللغة:« الصلاح ضد الفساد تقول صلح الشيء يصلح صلوحاً، مثل دخل يدخل دخولاً، والإصلاح نقيض الإفساد، والمصلحة واحدة المصالح، والاستصلاح نقيض الاستفساد »[(٧)].

---

(١) هو: أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي أبو العباس (ت٧٧٠هـ-١٣٦٨م)، وُلِد ونشأ بالفيوم بمصر. تميَّز باللغة العربية، واشتهر بكتابه "المصباح المنير". انظر: معجم المطبوعات العربية والمعربة: ليوسف إليان سَركيس ٢/ ١٤٧٦، والأعلام للزركلي ١/ ٢٢٤.

(٢) المصباح المنير: لأحمد بن محمد بن علي الفيومي ١/ ٣٤٥.

(٣) هو: أبو الطاهر مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي الشافعي ولد سنة ٧٢٩هـ، ونسبته إلى فيروز آباد.. مدينة جنوب إيران، لغوي مشهور سمع من ابن القيم وغيره، صنف التصانيف السائرة كالقاموس وبصائر ذوي التميز، ولي قضاء الأقضية باليمن، وقدم مكة وجاور بها وتوفي سنة ٨١٧هـ، بزبيد. انظر: الضوء اللامع ١٠/ ٧٩، وشذرات الذهب ٧/ ١٢٦، ومعجم المؤلفين ١٢/ ١١٨.

(٤) القاموس المحيط: للفيروزآبادي ١/ ٢٩٣.

(٥) المصباح المنير للفيومي ١/ ٣٤٥.

(٦) تاج العروس شرح القاموس ٢/ ١٨٣.

(٧) تاج اللغة للجوهري مادة "صلح" ١/ ١٨٤.

٨- وقال في أقرب الموارد: «إن المصلحة ما يترتب على الفعل ويبعث على الصلح يقال: رأى الإمام المصلحة في ذلك أي هو مما يحمل على الصلاح ومنه سمي ما يتعاطاه الإنسان من الأعمال الباعثة على نفعه مصلحة، والجمع مصالح، وهو من أهل المصالح لا المفاسد»[١].

فنخلص إلى تعريف المصلحة في اللغة بأنها تطلق بإطلاقين:

١- إما مصدر بمعنى الصلاح كالمنفعة بمعنى النفع.

٢- وتطلق ويراد بها اسم للواحدة من المصالح، كالمنفعة اسم للواحدة من المنافع. وهذا الإطلاق قد يكون إطلاقاً حقيقياً كحفظ العقل، وحفظ النفس، وحفظ النسل.. وما إلى ذلك من المصالح، وقد يكون إطلاقاً مجازياً على السبب المؤدي إلى المصلحة، فيقال: التجارة مصلحة، والقصاص مصلحة؛ أي أن كلاً منهما سبب في المصلحة، فالتجارة سبب في حفظ المال، والقصاص سبب في حفظ النفس.

والمصلحة بهذا المعنى ضد المفسدة فهما نقيضان لا يجتمعان، كما أن النفع نقيض الضرر.

ثانياً: تعريف المصالح المرسلة في الاصطلاح:

المصالح المرسلة: هذه تسمية المالكية[٢]، وعبَّر عنها بعض علماء الأصول بالمناسب المرسل الملائم... وسماها بعضهم بالاستدلال المرسل[٣] وأُطلق عليها اسم الاستدلال[٤]، ويسميها الحنابلة والإمام الغزالي بالاستصلاح[٥].

---

(١) أقرب الموارد ١/ ٦٥٦.

(٢) انظر: مواهب الجليل ٥/ ٤٣٠

(٣) انظر: أصول الفقه الإسلامي للدكتور وهبة الزحيلي: ٢/ ٧٥٤

(٤) انظر: إرشاد الفحول: ص٢٦٢.

(٥) انظر: روضة الناظر: ص٤١١، والمستصفى للإمام محمد الغزالي ١/ ٣١٥.

المصالح المرسلة عند علماء الأصول:

تحدّث الأصوليون عن المصالح المرسلة في بابين من أبواب الأصول:

أولها: في باب القياس عند الحديث عن أقسام الوصف المناسب من حيث الاعتبار وعدمه، ويعرفون المصلحة هنا باللذة ووسيلتها وضدها المفسدة وهي الألم ووسيلته[(١)].

وثانيها: عند الحديث عن الاستدلال وأقسامه.

وهذه التعبيرات وإن كانت تبدو مترادفة لوحدة المقصود بها، إلا أن كلا منها ناظر لهذا المقصود من جهة معينة.

ذلك أن كل حكم يقوم على أساس المصلحة يمكن أن ينظر إليه من ثلاثة جوانب:

أحدها: جانب المصلحة المترتبة عليه.

ثانيها: جانب الوصف المناسب الذي يستوجب ترتيب الحكم عليه تحقيق المصلحة.

ثالثها: بناء الحكم على الوصف المناسب أو المصلحة؛ أي المعنى المصدري.

فمن نظر إلى الجانب الأول عبّر **بالمصالح المرسلة**، وهي التسمية الشائعة، ومن نظر إلى الجانب الثاني عبّر **بالمناسب المرسل**، كابن الحاجب حينما جعل (الوصف المناسب) مقسماً وفرع منه المؤثر والملائم والقريب والمرسل[(٢)].

---

(١) شرح العضد على مختصر ابن الحاجب ٢/ ٢٣٩ حيث يقول: «والمصلحة اللذة ووسيلتها، والمفسدة الألم ووسيلته، وكلاهما نفسي وبدني، دنيوي وأخروي». انظر أيضا قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ١/ ١٢ حيث يقول: «المصالح ضربان: أحدهما حقيقي، وهو الأفراح والذات والثاني مجازي هو أسبابها. وربما كانت أسباب المصالح مفاسد فيؤمر بها أو تباح، لا لكونها مؤدية إلى المصالح، وذلك كقطع الأيدي المتآكلة حفظا للأرواح، وكالمخاطرة بالأرواح في الجهاد، وكذلك العقوبات الشرعية كلها ليست مطلوبة لكونها مفاسد، بل لكون المصالح هي المقصودة من شرعها، كقطع يد السارق، وقتل الجناة، ورجم الزناة، وجلدهم وتغريبهم، وكذلك التعزيرات، كلها مفاسد أوجبها الشرع لتحصيل ما رتب عليها من المصالح الحقيقية، وتسميتها بالمصالح من مجاز تسمية السبب باسم المسبب».

(٢) مختصر ابن الحاجب ٢/ ٣٤٢.

ومن نظر إلى الجانب الثالث عبّر **بالاستصلاح أو الاستدلال** وقد عبّر بالأول الغزالي في المستصفى[١]، وعبّر بالثاني إمام الحرمين في كتابه البرهان[٢].

وجعل بعضهم الاستدلال شاملاً لما عدا دليل الكتاب والسنة والإجماع والقياس، كالاستحسان والاستصحاب، فعبّر هؤلاء عن المصالح المرسلة بالاستدلال المرسل، ومنهم الإمام الزركشي في كتابه البحر المحيط[٣].

وإن جمهور العلماء قد اتفقوا على أن المصلحة معتبرة في الفقه الإسلامي، وأن كل مصلحة يجب الأخذ بها مادامت ليست شهوة ولا هوى، ولا معارضة فيها للنصوص تكون مناهضة لمقاصد الشارع، بيد أن الشافعية والحنفية يشددون في وجوب إلحاقها بقياس ذي علة منضبطة، فلابد أن يكون ثمة أصل يقاس عليه، وأن تكون العلة الجامعة منضبطة تكون وعاء للمصلحة، وإن تخلفت المصلحة عنها في بعض الأحوال.

وقال **المالكية والحنابلة**: إن الوصف المناسب الذي ستتحقق فيه المصلحة، وإن لم يكن منضبطاً يصلح علة للقياس، وإذا كان يصلح علة فالمصلحة المرسلة من نوعه فتكون ثابتة أصلاً كما أمكن القياس بالوصف المناسب وهو الحكمة من غير التفات إلى كونه منضبطاً ولهذا القرب بين الوصف المناسب والمصلحة المرسلة قد ادعى بعض المالكية أن الفقهاء جميعاً يأخذون بالمصلحة المرسلة، وإن سموها وصفا مناسباً، وأدخلوها في باب القياس[٤].

---

(١) المستصفى ١/ ٢٨٤.

(٢) البرهان في أصول الفقه ٢/ ٥١٤، و ٢/ ٥٤٤.

(٣) البحر المحيط ٨/ ٨٣.

(٤) المصدر السابق ٨/ ٨٣.

وعند الكلام عن المصلحة على أنها دليل شرعي هناك تعريفات ثلاثة: **أولها**: للغزالي الشافعي، **والثاني**: للطوفي[(١)] الحنبلي، **والثالث**: للخوارزمي[(٢)] الحنفي.

أولاً: المصالح المرسلة عند الإمام الغزالي (ت٥٠٥هـ):

ذكر الإمام الغزالي أن معنى المصالح المرسلة هي: (المناسب المرسل)، وفي مواضع أخرى سماها (الاستدلال المرسل) [(٣)] ومعناها: أنه هو الذي لم يشهد له أصل بالاعتبار ولا بالإلغاء.

[١] المصالح المرسلة عند الإمام الغزالي في كتبه الثلاثة:

بحث الإمام الغزالي مبدأ الاستصلاح أو المصالح المرسلة في كتبه الأصولية الثلاثة: المنخول، و شفاء الغليل، والمستصفى.

أولاً: المصالح المرسلة في المنخول:

تكلم الغزالي عن المصالح المرسلة في كتابه: (**المنخول**) بإيجاز حيث عرفها فقال:«كل معنى مناسب للحكم مطرد في أحكام الشرع لا يرده أصل مقطوع به مقدم عليه من كتاب، أو سنة، أو إجماع، فهو مقول به وإن لم يشهد له أصل معين»[(٤)].

---

(١) هو: سليمان بن عبد القوي بن عبد الكريم الطوفي الصرصري (ت٧١٦هـ) أبو الربيع، نجم الدين الفقيه الأصولي البغدادي الحنبلي، ولد بقرية "طوف" من أعمال صرصر بالعراق، قدم الشام ثم مصر، وتوفي في بلد الخليل بفلسطين، من كتبه: "بغية السائل في أمهات المسائل في أصول الدين"، و"البلبل في أصول الفقه"، وغيرها. انظر: شذرات الذهب ٣/ ٣٩، والأعلام ٣/ ١٢٨، ومعجم المؤلفين ٤/ ٢٦٦.

(٢) هو: منصور بن أحمد مؤيد يكنى بأبي محمد،خوارزمي الأصل، سكن مكة، حنفي أصولي، اشتغل بالإفتاء والتدريس، من مؤلفاته: "شرح على مغنى الخبازي في الأصول" توفي عام ٧٧٥هـ. الأعلام ٧/ ٢٩٧.

(٣) شفاء الغليل: ص٢٠٧.

(٤) المنخول في تعليقات الأصول: لمحمد بن محمد الغزالي: ص٣٦٤.

فالإمام الغزالي بهذا التعريف قد وضَّح الضوابط في جواز أخذه بالمصالح المرسلة وهي:

١- أن تكون مناسبة، أي داخلة تحت المقاصد الشرعية العامة.

٢- وألاَّ تعارض أصلاً مقطوعاً به من كتاب، أو سنة، أو إجماع.

ثانياً: المصالح المرسلة في شفاء الغليل:

عرفها الغزالي في كتابه (**شفاء الغليل**) بقوله: «الاستدلال المرسل. يعني به الاعتماد على المعنى المناسب المصلحي الذي يظهر في الفرع من غير استشهاد بأصل معين»[(١)].

ثالثاً: المصلحة في (المستصفى):

عرفها الغزالي بقوله: «أما المصلحة فهي عبارة في الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضرة، ولسنا نعني به ذلك؛ فإن جلب المنفعة أو دفع المضرة مقاصد الخلق، وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم لكنا نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع، ومقصود الشرع من الخلق خمسة: هذه الأصول الخمسة وهو أن يحفظ عليهم دينهم، ونفسهم، وعقلهم، ونسلهم، وماهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وإذا أطلقنا المعنى المخيل أو المناسب في باب القياس أردنا هذا الجنس»[(٢)].

فيلاحظ أن الغزالي نظر إلى المصلحة باعتبارها جلب منفعة ودفع مضرة، فلا غناء في نظره بأحدهما عن الآخر وهو ما أكده بقوله: « فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة »[(٣)].

---

(١) شفاء الغليل: ص٢٠٧.

(٢) المستصفى ١/ ٢٨٦.

(٣) المصدر السابق ١/ ٢٨٧.

ويؤخذ من تعريف الغزالي ثلاثة أمور:

١- أن المصلحة -ويعني به العرفُ أو اللغة- جلب النفع ودفع الضرر، وهذا يتفق مع معنى المصلحة لغة؛ إذ هي مطلقة في اللغة على جلب المنفعة مجازاً كما تطلق على المنفعة نفسها حقيقة، ولما كانت المنفعة والمضرة نقيضين، كان دفع المضرة مصلحة أيضاً.

٢- لا يقصد - الغزالي- بالمصلحة معناها العرفي، وإنما يقصد بها جلب نفع أو دفع ضرر مقصود للشارع، لا مطلق نفع أو ضرر.

فالناس قد يعدون الأمر منفعة وهو في نظر الشارع مفسدة، وبالعكس، فليس هناك تلازم بين المصلحة والمفسدة في عرف الناس وفي عرف الشارع، أو بعبارة أخرى فإن المصلحة في نظره هي المحافظة على مقاصد الشارع ولو خالفت مقاصد الناس، فإن الأخيرة عند مخالفتها للأولى ليست في الواقع مصالح، بل أهواء وشهوات زينتها النفس، وألبستها العادات والتقاليد ثوب المصالح، من أجل هذا حرص الغزالي على التفرقة بين مقاصد الخلق ومقاصد الشارع، وقرر أن المحافظة على الثانية، وإن خالفت الأولى هي المصلحة الشرعية.

٣- المصلحة بهذا التعريف ترادف المعنى المناسب أو المخيل في باب القياس، فقال: «وإذا أطلقنا المعنى المناسب أو المخيل في باب القياس أردنا به هذا الجنس ومعنى هذا أن رجوع المصلحة إلى المقاصد الشرعية في الجملة شرط أساسي في اعتبارها مصلحة، أو في اعتبار الوصف الذي يرتب الحكم عليه وصفاً مناسباً، وبعد ذلك يبقى النظر في اعتبار الشارع وعدم اعتباره، ونوع هذا الاعتبار للمصلحة أو الوصف المناسب؛ إذ مجرد حكم العقل برجوع المصلحة إلى المقاصد الشرعية في الجملة ليس ضابطاً كافياً في التعرف على المصالح الشرعية، فقد يلغي الشرع هذا الوصف أو المصلحة بنص خاص، وإذا لم تكن ملغاة فقد يعتبر الشارع نوع المصلحة فيكون إثبات الحكم بها من باب القياس الذي هو اقتباس الحكم من معقول

النص والإجماع، وقد يكون اعتبار الشارع لجنس هذه المصلحة فتدخل تحت باب الاستدلال المرسل، وقد يسكت الشرع عن المصلحة فلا يناقضها نص، ولا يشهد لجنسها شرع، فتكون مصلحة غريبة، لا يجوز التشريع بناء عليها؛ لأنها عندئذ ترادف الهوى والتشهي»[1].

إن الإمام الغزالي تكلم في المصلحة ووضع وجهة نظره بجلاء ووضوح، ولم تأت روايات متضاربة عنه كغيره؛ لأنه وضّح مقصوده بجلاء وفهم على مراحل شأن الراسخين في العلم.

وإذا كان بعض الباحثين -كالدكتور محمد سعيد رمضان البوطي- يصف طريقته بتناول هذا الموضوع بالاضطراب[2]، ويحدد هذا الاضطراب في أمور ثلاثة:

أولها: أنه لا معنى لحصر جواز الاستصلاح فيما كان داخلاً في الضروريات فقط، مع قوله: إن المصلحة المرسلة داخلة ضمن مقاصد الشارع، والباحث يرى أن الحاجيات والتحسينات داخلة ضمن هذه المقاصد أيضاً.

ثانيها: يدل كلام الغزالي على أنه لا يرى مانعاً من أن تكون المصلحة المرسلة ضرورية قطعية كلية، ومع ذلك فإن هذه الأوصاف لا تخرجها عن الإرسال، وهذا تناقض في نظر الباحث؛ لأنه يرى أن المصلحة التي يشهد لها أصل كلي لم يثر بشأنها أي جدل أو نقاش، وإنما هذا الجدل والنقاش قد ثار حول المصلحة التي لا يشهد لها أصل جزئي ولا كلي.

ثالثها: أن مثال[3] الترس ليس داخلا في المصالح المرسلة، فاعتباره والحكم به ليس من قبيل الاستصلاح.

---

(١) المستصفى ١/ ٢٨٧.

(٢) ضوابط المصلحة للدكتور البوطي: ص٣٤٠.

(٣) شرح المثال يأتي ص٥٧.

ثم يقول الدكتور البوطي: « وإذا علمت أن رأي الإمام الغزالي في الاستصلاح لقي صدى كبيراً في كتب الأصول...علمت أن ما ذكرناه من الاضطراب في كلامه ينعكس على ما جاء في كثير من كتب الأصول الأخرى »(١).

والحق أنه ليس في كلام الغزالي عن المصلحة أي تناقض أو غموض أو اضطراب، كما ذكر البوطي، وإنما الغموض والاضطراب في فهم كلامه. فقد تناول الإمام الغزالي هذا الموضوع عبر مراحل:

المرحلة الأولى: تكلم فيها عن أقسام المصلحة بالنسبة إلى شهادة الشرع؛ لذا قسّم الغزالي المصالح ثلاثة أقسام(٢):

الأولى: ما شهد الشرع بإلغائها بنص معين؛ لأن الشرع لا يشهد بإلغاء مصلحة، وإنما يشهد بإلغاء المفاسد.

الثانية: ما شهد لها الشرع بالاعتبار بنص معين.

الثالثة: ما لم يشهد لها الشرع لا بالاعتبار ولا بالإلغاء.

المرحلة الثانية: وهي تعريف المصلحة، والمراد بها حيث قال: أما المصلحة فهي عبارة في الأصل عن جلب منفعة، إلى آخر التعريف المذكور سابقاً(٣).

المرحلة الثالثة: تكلم فيها عن الضروريات،والحاجيات، والتحسينات، فأبان أن مقاصد الشرع خمسة، المحافظة عليها من الضروريات، ومثاله في حفظ الدين: قتل الكافر المضل، ومثاله في حفظ النفس: القصاص، ومثاله في حفظ المال: إيجابه حد العقاب للسارق، ومثاله في حفظ النسل: إيجابه حد الزنا، ومثاله في حفظ العقل: إيجابه حد الشرب.

---

(١) ضوابط المصلحة للدكتور البوطي: ص٣٤٦.

(٢) رسالة المصلحة في التشريع الإسلامي: ص٢١١.

(٣) المستصفى ١/ ٢٨٦.

يقول الغزالي في المستصفى: «وهذه الخمسة حفظها واقع في رتبة الضروريات، فهي أقوى المراتب في المصالح "بالنسبة إلى الحاجيات والتحسينات" ومثاله: قضاء الشرع بقتل الكافر المضل، وعقوبة المبتدع الداعي إلى بدعته، فإن هذا يفوت على الخلق دينهم، وقضاؤه بإيجاب القصاص؛ إذ به حفظ النفوس، وإيجاب حد الزنا؛ إذ به حفظ النسل والأنساب، وإيجاب زجر الغُصَّاب والسراق؛ إذ به يحصل حفظ الأموال التي هي معاش الخلق وهم مضطرون إليها»[١].

فالإمام الغزالي يشترط للأخذ بالمصلحة المرسلة ثلاثة شروط:

١- أن تكون المصلحة ضرورية: إذا تعلقت بالأصول الخمسة.

٢- أن تكون المصلحة قطعية: إذا كانت فائدتها ثابتة أكيدة تجلب نفعاً وتدفع ضررا.

٣- أن تكون المصلحة كلية: إذا كانت فائدتها عامة.

ومن الأمثلة التي يوردها الفقهاء على ذلك المثال: تترس الكفار بأسرى من المسلمين حين هاجموا بلداً من بلاد الشام، فعندئذ يجوز قتل الترس من المسلمين حفاظاً على المسلمين جميعهم من القتل ولاسيما أن هؤلاء مقتولون لا محالة بحكم كونهم أسرى لدى الكفار.

ويعلق الغزالي على هذا المثال الذي أورده في كتابه المستصفى بقوله: «تحصيل هذا المقصود بهذا الطريق وهو قتل من لم يذنب غريب لم يشهد له أصل معين، فهذا مصلحة غير مأخوذ بطريق القياس على أصل معين»[٢].

ثانياً: المصلحة المرسلة عند الطوفي (ت٧١٦هـ):

عرف الطوفي المصلحة فقال: «وأما حدها بحسب العرف: فهي السبب المؤدي إلى الصلاح والنفع، كالتجارة المؤدية إلى الربح، وبحسب الشرع هي السبب المؤدي إلى

---

(١) المستصفى ١/ ١٤٠

(٢) المصدر السابق: ١/ ١٤١.

مقصود الشارع عبادة أو عادة، ثم هي تنقسم إلى ما يقصده الشارع لحقه كالعبادات وإلى ما يقصده لنفع المخلوقين وانتظام أحوالهم كالعادات »[1] .

والذي يؤخذ من تعريف الطوفي للمصلحة ما يأتي:

١- المصلحة عند أهل العرف تطلق على كل سبب يؤدي إلى النفع، وهذا هو المعنى اللغوي للمصلحة، وهو الإطلاق المجازي للمصلحة.

٢- أن الطوفي يفرق بين مقاصد الخلق ومقاصد الشارع فهو يقول إن المصلحة هي السبب المؤدي إلى مقصود الشارع؛ أي إلى نفعٍ مقصودٍ للشارع، وليس إلى مطلق نفع في عرف الناس، فالقصاص مصلحة في نظر الطوفي؛ لأنه سبب إلى حقن الدماء وهو نفع مقصود للشارع.

٣- هناك فرق بين الغزالي والطوفي فيما يتعلق بالمصلحة كدليل شرعي. فقد رأينا أن الغزالي يذكر هذا التعريف على أنه تعريف للمصلحة، بمعنى المناسب أو المخيل، وليس بمعنى الدليل الشرعي، إذ إنه قسّم المصلحة بعد ذلك أقساماً واشترط فيها شروطاً حتى تصلح دليلاً على الأحكام، فقال إن المصلحة بهذا المعني تنقسم بحسب اعتبار الشرع إلى الملغاة، والمعتبرة، والمرسلة، وهذه الأخيرة قسمان: ملائمة، وغريبة، أما المصلحة الملغاة والغريبة فليست بحجة عنده قطعاً، وأما المعتبرة فهي داخلة في باب القياس الذي يشهد له الأصل المعين، وأما الملائمة فهي التي يأخذ بها دون شهادة الأصل المعين لنوعها مادامت النصوص قد شهدت لها بالملاءمة لجنس تصرفات الشرع، بل إنه لم يأخذ بكل مصلحة ملائمة فقد أخذ بالمصالح الضرورية وما جرى مجرى الضروري.

---

(١) شرح مختصر الروضة: نجم الدين الطوفي ٣/ ٢١٠.

أما الطوفي فإنه يعرف المصلحة التي يحتج بها كدليل شرعي بهذا التعريف، ولا يقسمها بعد ذلك بحسب اعتبار الشارع، ولا بحسب قوتها في ذاتها، ولا بحسب الملاءمة وغيرها، ولا يشترط في المصلحة أي شرط زائد على رجوعها إلى المقاصد الشرعية العامة، بل إنه يحكم على كل هذه التقسيمات بالتكلف والتعسف، ويرى أن الطريق إلى معرفة المصالح والمفاسد أيسر من التعقيد[(١)].

وبذلك يكون الضابط للمصلحة كدليل شرعي عند الطوفي هو رجوعها إلى المقاصد الشرعية.

فنجد أن الطوفي يعرف المصلحة كدليل شرعي، في حين أن الغزالي يعرف مطلق المصلحة الشرعية، ثم يشترط فيها شروطاً بعد ذلك حتى يجوز الاعتماد عليها بمفردها كدليل شرعي على حكم الوقائع غير المنصوص عليها.

ثالثا: المصلحة المرسلة عند الخوارزمي (ت٧٧٥هـ):

عرف المصلحة فقال: «والمراد بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع بدفع المفاسد عن الخلق»[(٢)].

والخوارزمي من العلماء الذين ينظرون إلى المصلحة على أنها جلب منفعة أو دفع مضرة، وقد يقتصرون على أنها دفع مضرة، فيلاحظ هنا أن الخوارزمي اقتصر على تعريفها بدفع المضرة، وله وجهته، فإن دفع المضرة يقابله جلب المنفعة؛ فالشارع الحكيم حرم شرب الخمر دفعا لمفسدة ذهاب العقل، وفي نفس الوقت يعتبر هذا جلب منفعة هي حفظ العقل.

---

(١) نزهة الخاطر العاطر للشيخ ابن بدران ١/ ٤١٦، نقله صاحب رسالة المصلحة في التشريع الإسلامي: ص ١٣٨.

(٢) ذكره الجويني في البرهان ٢/ ٧٢١، وانظر: إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول للشوكاني: ص٤٠٢.

وهناك تعريفات لبعض الأئمة - في تعريف المصلحة المرسلة- منها:

[١] المصالح المرسلة عند إمام الحرمين الجويني (ت٤٧٨هـ):

قال إمام الحرمين: « النظر الشرعي ومجامعه إلحاق الشيء المسكوت عنه بالمنصوص عليه، والمختلف فيه بالمتفق عليه، لكونه في معناه، أو تعليق حكم بمعنى مخيل به مناسب له في وضع الشرع، مع رده إلى أصل ثبت الحكم فيه على وفق نظروربط حكم من غير أن يجد الناظر أصلاً متفق الحكم يستشهد عليه وهذا هو المسمى الاستدلال »[١].

وقال في تحديد وصف الاستدلال (المرسل): « وهو معنى مشعر بالحكم مناسب له فيما يقتضيه الفكر العقلي من غير وجدان أصل متفق عليه »[٢].

[٢] وأمَّا الإمام فخر الدين الرازي (ت٥٤٤هـ):

فإنه عرّف المصلحة عند تعريف المناسب أنه الذي يفضي إلى ما يوافق الإنسان تحصيلاً أو إبقاء، أو قد يعبر عن التحصيل بجلب المنفعة، وعن الإبقاء بدفع المضرة؛ لأنه ما قصد إبقاؤه فإزالته مضرة، وما قصد إزالته فإبقاؤه مضرة، ثم هذا التحصيل والإبقاء قد يكونان معلومين وقد يكونان مظنونين وعلى التقديرين فإما أن يكونا دينيين أو دنيويين[٣].

فالمصلحة عنده هي: « المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده من حفظ دينهم ونفوسهم وعقولهم ونسلهم وأموالهم طبق ترتيب معين فيما بينها»[٤]، **والمنفعة هي** اللذة أو ما كان وسيلة إليها، ودفع الألم أو ما كان وسيلة إليه، وبتعبير آخر كما قال الرازي اللذة تحصيلا أو إبقاء، فالمراد بالتحصيل جلب اللذة مباشرة، والمراد بالإبقاء الحفاظ عليها بدفع المضرة وأسبابها.

---

(١) البرهان للإمام الجويني ٢/ ٥١٤.

(٢) المصدر السابق: ٢/ ٧٢١.

(٣) المحصول في علم أصول الفقه للإمام فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين الرازي ٥/ ١٥٧-١٥٨.

(٤) المصدر السابق. الموضع نفسه.

[٣] المصالح المرسلة عند الإمام الآمدي(ت ٦٣١هـ):

قال **الإمام الآمدي**: « المناسب هو الذي لم يشهد له أصل من أصول الشريعة بالاعتبار، بطريقة من الطرق المذكورة ولا ظهر إلغاؤه في صورة، ويعبر عنه بالمناسب المرسل»[١].

قلت: ويقصد الإمام الآمدي بالطرق المذكورة: الأدلة الخاصة لإثبات الأحكام للحوادث.

[٤] المصلحة عند ابن الحاجب (ت٦٤٦هـ):

عرفها بقوله: « المصلحة المرسلة هي التي لم يشهد لها أصل بالاعتبار ولا بالإلغاء لا بنص ولا بإجماع ولا يترتب الحكم على وفقه»[٢]. ووافقه الآمدي في هذا التعريف[٣] كما وافقه ابن قدامة[٤] في روضة الناظر[٥].

[٥] المصالح المرسلة عند الإمام الإسنوي (٧٧٢هـ) والإمام البدخشي (٩٢٢هـ):

قال الإمام **البدخشي**[٦]: « المناسب: هو الذي لا يعلم هل اعتبره الشارع أو

---

(١) الإحكام للآمدي ٣/ ٢٦٢.

(٢) شرح البدخشي مع الأسنوي ٣/ ١٣٥.

(٣) انظر: الإحكام للآمدي ٣/ ٢٦٢.

(٤) هو عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الحنبلي(٥٤١هـ-٦٢٠هـ)، عالم فقيه، مجتهد، ولد بنابلس، ويلقب بموفق الدين، من مصنفاته: "المغني" و"الروضة في الأصول". شذرات الذهب ٥/ ٨٨، والأعلام ٤/ ٦٧.

(٥) روضة الناظر ١/ ٤١١، وانظر: شرح البدخشي مع الإسنوي ٣/ ١٣٥.

(٦) هو: الشيخ العارف بالله تعالى محمد البدخشي، نزيل المتخلص، له: "الرسالة المعنوية في التطبيق بين كلام الشيخ الأكبر والحضرة المولوية" مات بدمشق في ٩٢٢هـ. الشقائق النعمانية لطاشكبري زاده: ص٢١٤-٢١٥.

ألغاه، وعبّر عن المناسب أنه الذي اعتبر جنسه في جنسه ولا يوجد أصل معين يدل على اعتبار نوعه.

وقال الإمام الإسنوي[1]: « المناسب المرسل هو من لم يشهد له أصل اعتبار ولا إلغاء، والتحقيق المختلف فيه هو ما لا يكون نوعه معتبرا في نوع الحكم، لا بنص ولا بإجماع ترتب الحكم على وفقه ولا ظهر إلغاؤه وعلم اعتبار نوعه في جنس الحكم.

وقيل: علم اعتبار جنسه البعيد في جنس الحكم كما في تحريم قليل النبيذ قياسا على الخمر؛ لأنه يدعو إلى كثيره، فالمناسب هنا كون القليل المسكر الذي كثيره حرام، داعياً إليه وجنسه كونه قليلاً من الشيء الذي كثيره حرام داعيا إليه أعم من أن يكون مسكراً أو غيره، وجنسه البعيد كون الشيء داعياً إلى الحرام وهذا المناسب تعيين الشارع»[2].

شرح التعريفين:

يتفق الإمامان البدخشي والإسنوي مع إمام الحرمين في تحديد المناسب المرسل وإن اختلفت العبارات فهي تلتقي في المعنى، حيث إن إمام الحرمين قال: « من غير وجدان أصل متفق عليه »[3]، هو نفسه الموجود عند الإمامين، والذي هو « من لم يشهد له أصل بالاعتبار أو الإلغاء »[4].

---

(١) هو جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن بن علي الأموي الإسنوي الشافعي ولد عام ٧٠٤هـ بإسنا من صعيد مصر، كان بحراً في الفروع والأصول، شرح منهاج البيضاوي، ومن مؤلفاته: "تخريج الفروع على الأصول"، توفي عام ٧٧٢هـ، انظر: الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة لابن حجر: ٢/ ٤٦٣.

(٢) شرح البدخشي مع الإسنوي ٣/ ١٣٥.

(٣) البرهان ٢/ ٧٢.

(٤) شرح البدخشي مع الإسنوي ٣/ ١٣٥.

[٦] المصلحة عند شيخ الإسلام ابن تيمية(١):

يقول ابن تيمية رحمه الله: «إذا أشكل على الناظر أو السالك حكم شيء هو على الإباحة أو التحريم فلينظر إلى مفسدته وثمرته وغايته، فإن كان مشتملا على مفسدة راجحة ظاهرة فإنه يستحيل على الشارع الأمر به أو إباحته بل يقطع أن الشرع يحرمه لاسيما إذا كان مفضيا إلى ما يبغضه الله ورسوله»(٢).

ويقول أيضاً: «من استقرأ الشريعة في مواردها ومصادرها وجدها مبنية على قوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ (٣) وقوله: ﴿فَمَنِ ٱضْطُرَّ فِى مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِّإِثْمٍ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾(٤)، فكل ما احتاج الناس إليه في معاشهم ولم يكن سببه معصية ترك واجب أو فعل محرم لم يحرم عليهم لأنهم في معنى المضطر الذي ليس بباغ ولا عاد »(٥).

---

(١) هو: أحمد بن عبدالحليم بن عبد السلام بن تيمية أبو العباس تقي الدين الحراني الدمشقي الحنبلي (٦٦١-٧٢٨هـ)، إمام كبير، علامة فقيه مجتهد ناقد، برع في التفسير والحديث والفقه والعقائد، سمع على كثير من العلماء، وأتقن أكثر العلوم وبرع في كثير من الفنون، تأهل للفتوى والتدريس قبل العشرين من عمره بما أعطاه الله من قوة الحفظ وقلة النسيان، له مصنفات مشتهرة معروفة، قضى حياته في خدمة العلم وجهاد أعداء الدين من التتار والمبتدعين، وأوذي في سبيل الله واستمر بلاؤه حتى توفي في سجن القلعة. انظر: تذكرة الحفاظ للذهبي ٤/ ١٤٦، وشذرات الذهب ٦/ ٨٠، و الأعلام / ١٤٤.

(٢) فتاوى ابن تيمية ٣/ ٢٩٤.

(٣) سورة البقرة، من الآية [١٧٣].

(٤) سورة المائدة، الآية [٣].

(٥) فتاوى ابن تيمية ٣/ ٢٩٤.

[٧] المصلحة عند الإمام ابن القيم(١):

وقال الإمام ابن القيم: «إن الشريعة مبناها وأساسها على الحِكَم ومصالح العباد في المعاش والمعاد وهي عدل كلها ورحمة كلها ومصالح كلها وحكمة كلها فكل مسألة خرجت من العدل إلى الجور وعن الرحمة إلى ضدها وعن المصلحة إلى المفسدة وعن الحكمة إلى العبث فليست من الشريعة وإن أدخلن فيها بالأقاويل، فالشريعة عدل الله بين عباده ورحمته بين خلقه وظله في أرضه وحكمته الدالة عليه وعلى صدق رسوله ﷺ»(٢).

[٨] المصالح المرسلة عند الإمام الشاطبي (ت ٧٩٠هـ):

قال الإمام الشاطبي: «المصالح المرسلة يرجع معناها إلى اعتبار المناسب الذي لا يشهد له أصل معين، فليس له على هذا شاهد شرعي على الخصوص ولا كونه قياساً بحيث إذا عرض على العقول تلقته الأمة بالقبول»(٣).

والمعنى المناسب الذي سكتت عنه الشواهد الخاصة ولم تشهد له النصوص الشرعية باعتباره ولا بإلغائه ينقسم عند الإمام الشاطبي إلى قسمين(٤):

١ - أن يكون المعنى ملائماً لتصرفات الشرع، بمعنى أن يوجد اعتبار لجنسه اعتبره الشارع لا اعتبار عينه.

---

(٦) هو: محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي الدمشقي المعروف بابن قيم الجوزية أبو عبد الله(٦٩١-٧٥١هـ) شمس الدين، الفقيه الحنبلي، أحد كبار العلماء، كان حسن الخلق محبوباً عند الناس، مولده ووفاته بدمشق، تتلمذ على ابن تيمية ولازمه، وانتصر لجميع ما يصدر عنه وهو الذي هذّب كتبه ونشَر علمَه وسُجِن معه، مصنفاته كثيرة، منها: "زاد المعاد في هدي خير العباد"، و"إعلام الموقعين"، وغيرها. انظر: شذرات الذهب ٣/ ١٦٨ والأعلام ٦/ ٥٦ و معجم المؤلفين ٩/ ١٠٦.

(٢) إعلام الموقعين ٣/ ١.

(٣) الاعتصام للإمام الشاطبي ٢/ ١١١.

(٤) انظر: الموافقات للإمام الشاطبي ١/ ٣٩.

٢- أن يكون هذا المعنى غير ملائم لتصرفات الشرع ولا يدل على مفردات جنس مأخوذ معناه من مجموع أدلة شرعية فهذا لا يسمى مصلحة مرسلة ولا يجوز الحكم بمقتضاه ما لم يرد نص على وفقه ويجعله حجة، مثال ذلك: **حرمان القاتل من الميراث**، عملا بنقيض مقصده لمن يعمل به مجرداً إلاَّ بوجود النص، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: **(لا يرث القاتل)**[1].

وبهذا يتبين أن معنى المصلحة المرسلة عند الإمام الشاطبي هي المصلحة التي اعتبرها الشارع وشهدت لها النصوص في الجملة وأخذت من مجموعة أدلته فهي مصلحة لا تعدم الأصول الشرعية، وعلى ضوء هذا فالمصلحة المرسلة عند الإمام الشاطبي: هي المصلحة التي شهدت لها النصوص الكثيرة لجنسها، فهي الملائمة للشرع ومقاصده بحيث لا تنافي أصلا من أصوله ولا قاعدة، وبهذا يتضح الفرق بين المصلحة المرسلة والبدعة، فالبدعة في عامة أمرها لا تلائم مقاصد الشرع فهي مناقضة لمفهوم أو مسكوت عنه.

فالمصالح المرسلة: هي الثمرة والفائدة المترتبة على حكم لم يدل دليل من الشارع على اعتباره أو إلغائه، ويطلق على المصلحة الاستصلاح وهو عبارة عن تعلق الفقيه بالمصلحة

---

(١) أخرجه الترمذي في سننه، كتاب: الفرائض، باب: ما جاء في إبطال ميراث القاتل، رقم٢٠٣٥، وأبو داود في سننه، كتاب الديات، باب: ديات الأعضاء، رقم ٣٩٥٥، وابن ماجه في سننه: كتاب: الديات، باب: القاتل لا يرث، رقم ٢٦٣٥.

قال الشيخ الألباني في تصنيف سنن الترمذي، ص٤٧٦ رقم ٢١٠٩: «حديث صحيح».

وقال أيضاً في إرواء الغليل ٦/ ١١٦: «أخرجه الترمذي ٢/ ١٤، وابن ماجه ٢٦٤٥، ٢٧٣٥، والدار قطني وابن عدي في الكامل ١٥/ ١، والبيهقي من طريق إسحاق بن عبد الله بن أبي فروة عن ابن شهاب عن حميد بن عبد الرحمن بن عوف عن أبي هريرة». وقال الترمذي: « هذا حديث لا يصح، لا يعرف إلاَّ من هذا الوجه، وإسحاق وقد تركه بعض أهل الحديث منهم أحمد بن حنبل».

وقال البيهقي: « إسحاق بن عبيد الله لا يحتج به، إلاَّ أن شواهد تقوية».

المرسلة وجعلها دليلاً يبني عليه الأحكام، فهو عبارة عن استدلال الفقيه على الأحكام بالمصالح المرسلة[١].

المطلب الثاني
حجيّة المصالح المرسلة

اتفق العلماء على أنه لا يجوز الاستصلاح في أحكام العبادات والمقدرات، كالحدود والكفَّارات وفروض الإرث، وكل ما شرع محدداً واستأثر الشارع بعلم المصلحة فيما حدد به، أما أحكام العبادات فلأنها تعبديّة وليس للعقل سبيل إلى إدراك المصلحة الجزئية لكل منها، وأمَّا أحكام المقدرات فلأنها مثل أحكام العبادات، حيث استأثر الشارع بعلم المصلحة فيما حدد به.

وإنما اختلف العلماء في حكم الاستصلاح فيما عدا أحكام العبادات والمقدرات من أحكام المعاملات والعادات والسياسات الشرعية التي ينظر فيها إلى مصالح الناس، ويقصد بالأحكام التي تشرح لها تحقيق تلك المصالح.

عرفنا أن المجتهد يرجع إلى القرآن الكريم وإلى السنة النبوية وإلى الإجماع في استنباط الأحكام الشرعية لكل ما يجد من حوادث، أو يعرض من وقائع، فإذا جاء الحكم في واحد منها أخذ به المجتهد، وإذا خلت هذه الأدلة من الحكم الشرعي للحادثة عينها، وكان فيها حكم لحادثة أخرى انبنى على علة معينة، وتتحقق المصلحة في ربط الحكم بها، ووجدت تلك العلة التي بني عليها الحكم في الحادثة الجديدة، قام المجتهد بقياس هذه الواقعة الجديدة على الحادثة التي ثبت حكمها بالأدلة السابقة وأعطاها حكمها، حتى تتحقق المصلحة التي شرع الحكم لتحقيقها، وهي مصلحة معتبرة من الشارع، لوجود الدليل المعين على اعتبارها في الحادثة الأصلية المقيس عليها.

---

(١) المصالح المرسلة واختلاف العلماء فيها، وجنات عبد الرحيم ميمني: ص٨١.

فإذا جاءت حادثة لم يجد المجتهد لها نظيراً معيناً في الحوادث التي ورد عن الشارع حكمها، حتى يقيسها عليها بذاتها، وكان في تشريع حكم معين في هذه الواقعة تحقيق مصلحة الناس، بجلب النفع لهم أو دفع الضرر عنهم، فإنه ينظر إلى المصلحة الشرعية من وراء الحكم الشرعي، فيستخرج حكماً شرعياً مناسباً لمقدار النفع أو الضرر في هذه الحادثة.

وبناءً على ذلك اختلف العلماء في الاحتجاج بالمصلحة المرسلة أو عدمه على أربعة مذاهب:

المذهب الأول:

وهو مذهب الجمهور من العلماء أن المصالح المرسلة حجة، وأصل من الأصول التي يعتدّ بها في تشريع الأحكام[(١)]:

وعلى هذا الرأي الأئمة الأربعة: أبو حنيفة ومالك والشافعي وابن حنبل، كما يؤخذ من المسائل والأحكام التي بنوها على هذا الأصل، وهي كثيرة في كتب الفقه المختلفة، تظهر للمتتبع[(٢)].

قال الشيخ عبد الوهاب خلاف: « ذهب جمهور علماء المسلمين إلى أن المصلحة المرسلة حجة شرعية يُبنى عليها تشريع الأحكام، وأن الواقعة التي لا حكم فيها بنص أو إجماع أو قياس أو استحسان يشرع فيها الحكم الذي تقتضيه المصلحة المطلقة ولا يتوقف تشريع الحكم بناء على هذه المصلحة على وجود شاهد من الشرع باعتبارها، فجعل المصلحة على إطلاقها مذهب جمهور الفقهاء »[(٣)].

---

(١) انظر: التقرير والتحبير ٣/ ١٠٥.

(٢) انظر: التقرير والتحبير ٣/ ١٠٥، والبرهان للإمام الجويني ٢/ ١١٣، وإرشاد الفحول للشوكاني، ص٤٠٢.

(٣) علم أصول الفقه للشيخ خلاف: ص ٩٣.

قال البغدادي[(١)]: «لا تظهر مخالفة الشافعي لمالك في المصالح فإن مالكاً يقول: إن المجتهد إذا استقرأ موارد الشرع ومصادره أفضى نظره إلى العلم برعاية المصالح في جزئياته وكلياته وأن لا مصلحة إلاَّ وهي معتبرة في جنسها؛ لكنه استثنى من هذه القاعدة كل مصلحة صادمها أصل من أصول الشريعة، وما حكاه أصحاب الشافعي عن الشافعي لا يعدو هذه المقالة»[(٢)].

ويقول الشيخ محمد فرج سليم: «التحقيق أنه لا فارق بين الشافعي ومالك وإمام الحرمين ومعظم أصحاب أبي حنيفة وأنهم يرون أن اتباع المصلحة المرسلة الملائمة لتصرفات الشريعة جائز»[(٣)].

أدلة القائلين بحجية المصالح المرسلة[(٤)]:

استدل القائلون بحجية المصالح المرسلة بالأدلة الآتية:

١ - أن رسول الله ﷺ لما أراد أن يبعث معاذاً إلى اليمن، قال: (**كيف تقضي إذا عرض لك قضاء؟**) قال: (أقضي بكتاب الله)، قال: (**فإن لم تجد في كتاب الله؟**) قال: (فبسنة رسول الله ﷺ)، قال: (**فإن لم تجد في سنة رسول الله ﷺ ولا في كتاب الله؟**)

---

(١) هو: محفوظ بن أحمد بن الحسن بن أحمد الكلوذاني أبو الخطاب البغدادي الفقيه، أحد أئمة مذهب الحنابلة وأعيانه، ولد سنة ٤٣٢هـ، ودرس الفقه على القاضي أبي يعلى، وسمع الحديث من الجوهري وغيره، ودرّس وأفتى وقصده الطلبة، توفي سنة ٥١٠هـ، انظر: طبقات الحنابلة ١/ ١١٦-١١٨.

(٢) انظر: البحر المحيط للزركشي ٨/ ٨٤-٨٥.

(٣) المصالح المرسلة والاستصحاب للشيخ محمد سليم: ص ٧٥.

(٤) انظر تفصيل هذه الأدلة في: أصول الفقه للشيخ أبي زهرة: ص٢٢٢-٢٢٣، وأصول التشريع الإسلامي للشيخ علي حسب الله، ص١٢٧، ومصادر التشريع فيما لا نصَّ فيه، للشيخ خلاف: ص٩٠-٩٤، والأدلة المختلف فيها للدكتور أبي المكارم إسماعيل: ص٨٥-٨٧، والوسيط في أصول الفقه للدكتور وهبة الزحيلي: ص٥٠٨-٥١٠، وأثر الاختلاف في الأصول في اختلاف الفقهاء للدكتور سعيد الخن: ص٥٥٤-٥٥٦، وضوابط المصلحة للدكتور البوطي: ص٧٥-٧٩.

قال: (أجتهد رأيي ولا آلو)، فضرب رسول الله ﷺ صدره، وقال: **(الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله)**[١].

ووجه الاستدلال من هذا الحديث: أن رسول الله ﷺ أقر معاذاً على الاجتهاد بالرأي إذا لم يجد في الكتاب والسنة ما يقضي به، والاجتهاد بالرأي كما يكون بقياس الشيء على نظيره يكون بتطبيق مبادئ الشريعة، والاسترشاد بمقاصدها العامة، والعمل بالمصالح المرسلة لا يخرج عن هذا؛ لأنه تشريع للحكم الذي يحقق المصلحة العامة للناس، وتحقيق المصالح هو المقصود للشارع من تشريع الأحكام.

٢- أن الصحابة رضي الله عنهم قد أجمعوا على الاحتجاج بالمصلحة المرسلة التي لم يرد دليل معين بإلغائها ولا اعتبارها، فكانوا يبنون الكثير من الأحكام على المصالح المرسلة من غير إنكار على واحد منهم في ذلك، فكان إجماعاً منهم على العمل بالمصالح المرسلة، والاعتداد بها في تشريع الأحكام.

وقد نقل العلماء عنهم كثيراً من الأحكام التي بنوها على ما رأوه من المصالح، ومنها ما يلي:

(أ) أن أصحاب رسول الله ﷺ اتفقوا على جمع الصحف المتفرقة التي كتب فيها القرآن بين يدي رسول الله ﷺ في مصحف واحد، فقد جمع أبو بكر رضي الله عنه الصحف المتفرقة التي كتب فيها لأصحابه القرآن، في مصحف واحد عملاً برأي عمر، حيث قال له: (إنه والله خير ومصلحة للإسلام، ومحافظة على القرآن خوفاً عليه من الضياع)، ولا يوجد في الكتاب أو السنة ما يدل على ذلك وإنما هو عمل مبني على المصلحة وهي المحافظة على القرآن الكريم من الضياع بموت الحفظة[٢].

---

(١) راجع تخريج هذا الحديث: ص٢٨، من هذا الكتاب.

(٢) انظر: الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١/ ٥٢، وفتح الباري ٩/ ٢١.

(ب) كما وضع عمر رضي الله عنه الخراج، ودوّن الدواوين[١]، وأوقف تنفيذ حد السرقة في عام المجاعة[٢]؛ تحقيقاً للمصلحة التي تترتب على ذلك..

(جـ) وقد جدّد عثمان رضي الله عنه أذاناً ثانياً لصلاة الجمعة[٣]، وجمع المسلمين على مصحف واحد نشره في الأمصار؛ لتتحقق المصلحة بإجماع المسلمين على مصحف واحد، وغيرها..

(د) وكذلك ذهب علي بن أبي طالب رضي الله عنه وغيره من الصحابة إلى تضمين الصناع[٤] -كالصباغ والنجار- ما يضيع من أمتعة الناس التي تكون تحت أيديهم، حتى يحافظوا عليها، ولا يدعوا ضياعها، وقال في ذلك: (ولا يصلح الناس إلاّ ذاك)[٥]؛ أي الحكم بالضمان.

٣- وقالوا بأن كل حكم يفرض فإما أن يستلزم مصلحة خالصة أو مفسدة خالصة أو ينتفيان معاً أو يستلزمهما معاً، فإذا ترجّحت المفسدة على المصلحة كان غير مشروع، وإن تساويا فالحكم بالظن سلباً وإيجاباً، فدلّ هذا على العمل بالمصالح المرسلة؛ لأن الحكم في الشرع بالظاهر.

٤- إن مجال العمل بالاستصلاح إنما هو في المعاملات ونحوها مما هو من قبيل العادات، والأصل في هذا النوع من التكليفات الالتفات إلى المعاني والبواعث التي شرعت الأحكام من أجلها، وهذه المعاني والبواعث إنما هي المصالح التي بنيت عليها هذه الأحكام، فهي

---

(١) انظر: الطبقات الكبرى لابن سعد ٣/ ٢٠٢.

(٢) انظر: بداية المجتهد ٢/ ١٩٣، وأحكام القرآن للجصاص ٢/ ٢٥٢.

(٣) عن السائب بن يزيد قال: (كان النداء يوم الجمعة، أوّله إذا جلس الإمام على المنبر، على عهد النبي صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر رضي الله عنهما، فلمّا كان عثمان رضي الله عنه وكثر الناس، زاد النداء الثالث على الزوراء فثبت الأمر على ذلك إلى الساعة) رواه البخاري ١/ ٣٠٩، كتاب الجمعة، باب: الأذان يوم الجمعة، رقم ٨٧٠.

(٤) انظر: إعلام الموقعين ٣/ ٣٣.

(٥) الاعتصام ٢/ ٢٩٢.

مصالح معقولة يدرك العقل فيها حسن ما طالب به الشرع، وقبح ما نهي عنه، والله سبحانه أوجب علينا ما تدرك عقولنا نفعه، وحرم علينا ما تدرك عقولَنا ضرره.

٥- الوقائع غير ثابتة، والبيئات متغيرة والمصالح غير متناهية، فقد تطرأ على الأمة اللاحقة طوارئ لم تطرأ للأمة السابقة، وقد تستوجب البيئة مصالح ما كانت تستوجبها من قبل، وقد يؤدي تغيير أخلاق الناس إلى أن يصبح مفسدة ما كان في السابق مصلحة. فلو لم يفتح للمجتهدين باب التشريع في الأخذ بالمصلحة المرسلة لضاقت الشريعة الإسلامية عن مصالح العباد، سواء كانت ضرورية، أو حاجية، أو تحسينية، طالما ثبت اعتبار الشارع لجنسها البعيد، وإليه ذهب الإمام مالك في المشهور عنه، قال الإمام السبكي: « إن الذي صح عن مالك اعتبار جنس المصالح مطلقاً »[(١)].

ونذكر هنا نصوصاً تدعم وتؤيد مذهب الاحتجاج بالمصالح؛ منها:

أولاً: قول العزبن عبد السلام[(٢)] (ت٦٦٠هـ):

«إن معظم مصالح الدنيا ومفاسدها معروفة بالعقل، وذلك في معظم الشرائع، إذ لا يخفى على كل عاقل قبل ورود الشرع أن تحصيل المصالح المحضة ودرء المفاسد المحضة عن نفس الإنسان وعن غيره محمود حسن، وأن تقديم أرجح المصالح فأرجحها محمود حسن، وأن درء أفسد المفاسد فأفسدها محمود حسن.

---

(١) تيسير التحرير ٣/ ٣١٤.

(٢) هو: عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم الملقب بسلطان العلماء الشافعي ولد سنة ٥٧٧هـ برع في العربية والمذاهب فدرّس وأفتى وصنف وبلغ مرتبة الإجتهاد، وكان مع ذلك ناسكاً زاهداً آمراً بالمعروف ناهياً عن المنكر، من مصنفاته: القواعد وتفسير القرآن. توفي ٦٦٠هـ ودفن بالقرافة وهي مقبرة في القاهرة دفن فيها الكثير من العلماء والصالحين. انظر: طبقات المفسرين للداوودي ١/ ٣١٥، وشذرات الذهب ٥/ ٣٠١.

واتفق العقلاء، وكذلك الشرائع على تحريم الدماء، والأبضاع، والأموال، والأعراض، وعلى تحصيل الأفضل فالأفضل من الأقوال والأعمال.

ومصالح الدارين وأسبابها ومفاسدها لا تعرف إلا بالشرع، فإن خفي منها شيء طلب من أدلة الشرع، وأما مصالح الدنيا وأسبابها ومفاسدها فمعروفة بالضرورات والتجارب والظنون. ومن أراد أن يعرف المناسبات والمصالح والمفاسد راجحها ومرجوحها فليعرض ذلك على عقله ليتدبر أن الشرع لم يرد به ثم ليبن عليه الأحكام فلا يكاد حكم منها يخرج عن ذلك إلا ما تعبد الله به عباده، ولم يوقفهم على مصلحته أو مفسدته، والشريعة كلها مصالح، أو تدرأ مفاسد أو تجلب مصالح، فإذا سمعت الله تعالى يقول: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا﴾ تدبر نداءه فلا تجد إلا خيراً يحثك عليه أو شراً يزجرك عنه»[1].

ثانياً: قول القرافي[2] (ت٦٨٤ هـ):

«ومما يؤكد العمل بالمصلحة المرسلة أن الصحابة عملوا أموراً لمطلق المصلحة لا لتقدم شاهداً بالاعتبار، نحو كتابة المصحف ولم يتقدم فيه أمر ولا نظر، وولاية العهد من أبي بكر لعمر، وترك الخلافة شورى وتدوين الدواوين، وعمل السكة للمسلمين، وغير ذلك مما عملوه لمطلق المصلحة»[3].

---

(١) قواعد الأحكام في مصالح الأنام: ص٥. وانظر: الفوائد في اختصار المقاصد "القواعد الصغرى" للعز بن عبد السلام أيضاً: ص٤١.

(٢) هو: أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن شهاب الدين المشهور بالقرافي فقيه، أصولي، مفسر. ولد بمصر سنة ٦٢٦هـ. من تصانيفه: الذخيرة في الفقه، شرح محصول فخر الدين الرازي، التنقيح في أصول الفقه. توفي سنة ٦٨٤ هـ، بمصر ودفن بالقرافة. انظر: معجم المؤلفين لكحالة ١/ ١٥٨، والأعلام للزركلي ١/ ٩٤.

(٣) كتاب التقرير والتحبير ٣/ ٣٨١.

ثالثاً: قول أبي إسحاق الشاطبي الفقيه المالكي(ت ٧٩٠هـ):

«إن الشريعة إنما وضعت لمصالح العباد، علم ذلك بالاستقراء، فإن الله تعالى يقول في بعثه الرسل: ﴿رُّسُلًا مُّبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى ٱللَّهِ حُجَّةٌۢ بَعْدَ ٱلرُّسُلِ﴾[1]، والتعاليل لتفاصيل أحكام من الكتاب والسنة أكثر من أن تحصى، كقوله تعالى بعد آية الوضوء: ﴿مَا يُرِيدُ ٱللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُم مِّنْ حَرَجٍ وَلَٰكِن يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ وَلِيُتِمَّ نِعْمَتَهُۥ عَلَيْكُمْ﴾[2]، وكقوله تعالى في الصيام: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى ٱلَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ﴾[3]، وفي الصلاة: ﴿إِنَّ ٱلصَّلَوٰةَ تَنْهَىٰ عَنِ ٱلْفَحْشَآءِ وَٱلْمُنكَرِ﴾[4]، وفي القبلة: ﴿فَوَلُّوا۟ وُجُوهَكُمْ شَطْرَهُۥ لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَيْكُمْ حُجَّةٌ﴾[5]، وفي الجهاد: ﴿أُذِنَ لِلَّذِينَ يُقَٰتَلُونَ بِأَنَّهُمْ ظُلِمُوا۟﴾[6]، وفي القصاص: ﴿وَلَكُمْ فِى ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ يَٰٓأُو۟لِى ٱلْأَلْبَٰبِ﴾[7]»[8].

ثالثاً: قول ابن القيم (ت٧٥١هـ):

«إن الشريعة الباهرة على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدل كلها ورحمة كلها، ومصالح كلها، كل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور وعن الرحمة كلها إلى ضدها وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث فليست من الشريعة وإن أدخلت بالتأويل، فالشريعة عدل الله بين عباده ورحمته بين خلقه، وظله في أرضه، حكمته

---

(١) سورة النساء، من الآية [١٦٥].

(٢) سورة المائدة، من الآية [٦].

(٣) سورة البقرة، من الآية [١٨٣].

(٤) سورة العنكبوت، من الآية [٢٥].

(٥) سورة البقرة، من الآية [١٥٠].

(٦) سورة الحج، من الآية [٣٩].

(٧) سورة البقرة، من الآية [١٧٩].

(٨) الموافقات ٢/ ٧.

الدالة عليه وعلى صدق رسول الله ﷺ أتم دلالة وأصدقها، وهي نوره الذي به أبصر المبصرون، وهداه الذي به اهتدي المهتدون، وشفاؤه التام الذي به دواء كل عليل، وطريقه المستقيم الذي من استقام عليه فقد استقام على سواء السبيل، وهي العصمة للناس وقوام العالم، فبها يمسك الله السموات والأرض أن تزولا»[١].

المذهب الثاني:

يرى بعض العلماء أن المصالح المرسلة ليست حجة، ولا يصح أن يُبنى عليها حكم من الأحكام،وهذا مذهب الذين التزموا بالنصوص، لا يأخذون الأحكام إلاَّ عن دلالة ظاهرها، ولا يقرون بالمصلحة ما لم تكن واضحة فيها، ولا يلتمسونها في غير النصوص، فما كان من المصالح مرسلاً لا يرتكن إلى ظاهر النص، تركوه ولم يعتمدوه.

وذهب إلى هذا كثير من الأصوليين وهو مذهب الظاهرية وبعض الشافعية والمالكية، كالآمدي وابن الحاجب.

قال الآمدي: «وقد اتفق الفقهاء من الشافعية والحنفية وغيرهم على عدم التمسك به وهو الحق»[٢].

أدلة المانعين لحجية المصالح المرسلة[٣]:

الذين لا يحتجون بالاستصلاح في التشريع فريقان:

---

(١) إعلام الموقعين عن رب العالمين ٣/ ٣.

(٢) الإحكام للآمدي ٤/ ١٦٧.

(٣) انظر تفصيل هذه الأدلة في: أصول الفقه للشيخ أبي زهرة، ص٢٢٢-٢٢٣، وأصول التشريع الإسلامي للشيخ علي حسب الله، ص١٢٧، ومصادر التشريع فيما لا نصَّ فيه، للشيخ خلاف: ص٩٠-٩٤، والأدلة المختلف فيها للدكتور أبي المكارم إسماعيل: ص٨٥-٨٧، والوسيط في أصول الفقه للدكتور وهبة الزحيلي: ص٥٠٨-٥١٠، وأثر الاختلاف في الأصول في اختلاف الفقهاء للدكتور سعيد الخن: ص٥٥٤-٥٥٦، وضوابط المصلحة للدكتور البوطي: ص٧٥-٧٩.

الأول: نفاة القياس، وهؤلاء حجتهم على إنكار الاستصلاح هي حجتهم على إنكار القياس، وهي أن أحكام الشريعة غير مبنية على علل متسقة تدركها عقولنا. وما نص الله تعالي عليه في كتابه وعلى لسان رسوله ﷺ كفيل بتحقيق مصالح الناس، وما سكت عنه فهو على البراءة الأصلية التي خلق الله عليها الأشياء، فهؤلاء لا يقولون بعلل ولا تعليل ولا بقياس ولا استحسان ولا استصلاح ويرون أن ما شرعه الله غير محتاج إلى ما يكمله.

والفريق الثاني: جمهور من مثبتي القياس في مقدمتهم الإمام الشافعي، وقد استدلوا على مذهبهم بعدة أدلة؛ منها:

أولها: أن الله سبحانه لم يترك الناس سدى من غير أن يشرع لهم ما يكفل تحقيق مصالحهم، فشرع لهم أحكاما في كتابه وعلى لسان رسوله ﷺ وأحكاما هدي إليها أهل الذكر والعلم فلم يختلفوا فيها، وأرشدهم إلى أنهم إن تنازعوا في شيء ليس فيه حكم لله ولا لرسوله ﷺ ولم يجمع أهل حكم فيه أن يردوه إلى حكم الله ورسوله بالقياس عليه أو بأي طريق من طرق رده إليه، وبهذا أكمل لهم شرعه وأتم عليهم نعمته وامتنَّ عليهم بقوله: ﴿ٱلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِى﴾[1]، ولو كانت مصالح الناس تحتاج إلى أكثر مما شرعه ومما أرشد إلى الاهتداء به لبينه ولم يتركه؛ لأنه سبحانه وتعالى قال على سبيل الاستنكار: ﴿أَيَحْسَبُ ٱلْإِنسَٰنُ أَن يُتْرَكَ سُدًى﴾[2].

وثانيها: أن المصالح الحقيقية للناس التي قد رعاها الشارع إما بتشريع أحكام لها، وإما بالدلالة على اعتبارها لبناء التشريع عليها. فما لم يشرع الشارع له أحكاما من مصالح الناس، ولم يدل على اعتباره بوجه من وجوه الاعتبار لا يصح بناء تشريع عليه؛ لأن الحكم إنما يكون

---

(١) سورة المائدة، من الآية [٣].

(٢) سورة القيامة، الآية [٣٦].

شرعيا إذا شرعه الشارع أو بني عليه ما اعتبره الشارع أساسا لبناء الحكم عليه، والاستصلاح هو حكم مبني على مصلحة لم يعتبرها الشارع، فهو ليس بحكم شرعي.

وثالثها: أن الشارع اعتبر بعض المصالح، وألغى بعضها، والمصالح المرسلة مترددة بين المصالح المعتبرة والمصالح الملغاة، تحتمل أن تكون من أي منهما، ومع هذا الاحتمال لا يصح القطع ولا الظن باعتبارها، وبناء الأحكام عليها؛ لأن القطع أو الظن باعتبارها يكون ترجيحاً لأحد الأمرين المحتملين الذي هو الاعتبار على الآخر الذي هو الإلغاء بدون مرجح، والترجيح بلا مرجح لا يجوز.

والجواب عن هذه الشبهة:

أن القائلين بحجية المصالح المرسلة لا يدعون القطع باعتبارها، بل يقولون: إن الظاهر اعتبارها والعمل بها، والظهور كاف في الأحكام العملية والحكم بظهور العمل بالمصالح المرسلة ليس ترجيحا من غير مرجح، وذلك لوجود المرجح لاعتبار المصالح المرسلة على إلغائها، وهو كثرة اعتبار الشارع للمصالح، وقلة إلغائها؛ لأنه لو قارنا بين المصالح التي ألغاها الشارع والمصالح التي اعتبرها وجدنا المصالح التي ألغاها قليلة بالنسبة للمصالح التي اعتبرها، فإذا كان هناك مصلحة لم يقم دليل معين على اعتبارها أو إلغائها كان الظاهر إلحاقها بالكثير الغالب، وهو المصالح المعتبرة، دون القليل النادر وهو المصالح الملغاة.

على أن المصالح التي ألغاها الشارع لم يلغها إلاّ إذا ترتب على اعتبارها مفسدة تساويها أو ترجح عليها، وهذا غير موجود في المصالح المرسلة، لأن جانب المصلحة فيها راجح على جانب المفسدة، فلا يصح إلحاقها بالمصالح التي ألغاها الشارع، ويتعين إلحاقها بالمصالح التي اعتبرها.

رابعها: أن الاعتداد بالمصالح المرسلة في تشريع الأحكام يؤدي إلى فتح الباب لذوي الأهواء والمصالح الخاصة ومن ليس أهلا للاجتهاد ينفذون منه إلى التصرف في الأحكام

الشرعية وبنائها على ما يوافق أهواءهم ومصالحهم الخاصة، وفي هذا إهدار للشرعية وخروج عن قيودها، وهو لا يجوز.

والجواب عن هذه الشبهة:

سهل إذا عرفنا أن شروط الأخذ بالمصالح ألا يرد فيها دليل على اعتبارها أو إلغائها، فإن هذا الشرط يخرجها عن أن تكون في متناول العلماء الذين لم يبلغوا درجة الاجتهاد، فضلا عن العوام وأهل الأهواء، لأنه لا يدري أن هذه المصلحة لم يرد في اعتبارها أو إهمالها دليل شرعي إلا من كان أهلاً للاستنباط، فليس كل ما يبدو للعقل أنه مصلحة يدخل في نطاق المصلحة المرسلة وتُبنى عليه الأحكام، وإنما هي المصالح التي يدركها من هو أهل لتعرف الأحكام الشرعية من مصادرها حتى يمكن الوثوق بأنه لم يرد في الشريعة دليل على اعتبارها أو إلغائها.

خامسها: أن العمل بالمصالح المرسلة يؤدي إلى اختلاف الأحكام باختلاف الزمان والمكان، فيكون الأمر الواحد جائزا في زمن معين أو بلد معين، لما فيه من مصلحة، وممنوعا في زمن آخر أو بلد آخر، لما فيه من مفسدة وهذا يتنافي مع عموم الشريعة ووحدة أحكامها.

والجواب عن هذه الشبهة:

أن اختلاف الأحكام باختلاف الأزمان، وتبدلها بتبدل المصالح معدود من محاسن الشريعة لا من مساوئها، وهو من الطرق التي تجعلها عامة وصالحة لكل زمان ومكان.

وهذا الاختلاف لم ينشأ من الاختلاف في أصل الخطاب، حتى يكون منافيا لعموم الشريعة، وإنما نشأ من تطبيق أصل عام دائم، وهو أن المصلحة التي لم يرد فيها دليل معين، يدل على اعتبارها أو إلغائها، يقضي فيها المجتهد على قدر ما يرى من صلاح.

ويؤيد المانعون لحجية المصالح رأيهم ببعض النصوص دفاعاً على مذهبهم ليتبين من أقوالهم وجهات نظرهم:

أولاً: قول الإمام الشافعي:

«لا يجوز الحكم أو الإفتاء إلا من وجهة خبر لازم وذلك الكتاب والسنة، أما ما قاله أهل العلم لا يختلفون فيه. أو قياس على بعض هذا، فما أبطل به الاستحسان هو الذي أبطل به الاستصلاح وهو أن الحكم الشرعي لا يكون إلا عن نص أو إجماع أو قياس مبني على علة اعتبرها الشارع لحكمه»[1].

ثانياً: قول الغزالي:

«هذا – أي القول بالمصالح– من الأصول الموهومة، إذ من ظن أنه أصل خامس فقد أخطأ؛ لأنا رددنا المصلحة إلى حفظ مقاصد الشرع، ومقاصد الشرع تعرف بالكتاب والسنة والإجماع. فكل مصلحة لا ترجع إلى حفظ مقصود فهم من الكتاب والسنة والإجماع وكانت من المصالح الغريبة التي لا تلائم تصرفات الشارع فهي باطلة مطروحة، ومن صار إليها فقد شرّع كما أن من استحسن فقد شرّع.

وكل مصلحة رجعت إلى حفظ مقصود شرعي علم كونه مقصوداً بالكتاب والسنة والإجماع فليس خارجا عن هذه الأصول.

ثم قال: ما معناه: إذا فسرنا المصلحة المرسلة بالمصلحة الراجعة إلى حفظ مقصود شرعي فهم بالكتاب والسنة والإجماع فلا وجه للخلاف في اتباعها، ويجب القطع بكونها حجة لأنها في الحقيقة ليست مرسلة بل معتبرة من الشارع.

---

(١) مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نصَّ فيه، لعبد الوهاب خلاف: ص٩٥، نقلاً عن المستصفى للغزالي.

وإذا فسرنا المصلحة التي لا ترجع إلى حفظ مقصود شرعي فهم بالكتاب والسنة والإجماع فلا وجه لاتباعها و لبناء تشريع عليها - وختم بحثه بقوله - وبهذا تبين أن الاستصلاح ليس أصلاً خامساً برأسه؛ بل من استصلح فقد شرع كما أن من استحسن فقد شرع»(١).

ثالثاً: قول الآمدي:

«المصالح على ما بينا منقسمة إلى ما عهد من الشارع اعتبارها، وإلى ما عهد منه إلغاؤها. والمرسلة مترددة بين تلك القسمين، وليس إلحاقها بأحدهما أولى من إلحاقها بالآخر، فامتنع الاحتجاج بالمرسل دون شاهد بالاعتبار يبين أنه من قبيل المعتبر دون الملغى»(٢).

المذهب الثالث:

مذهب من يرى أن كل مصلحة تكون من جنس المصالح التي يقررها الشارع بأن تكون مشتملة على المحافظة على الدين، أو النفس، أو العقل، أو النسل، أو المال ولم يشهد لها الشارع بالاعتبار أو بالإلغاء فإنها تعد دليلاً معتبراً يؤخذ به بشرط قربها من معاني الأصول الثابتة(٣).

وهذا المذهب حكاه ابن برهان في الوجيز عن الإمام الشافعي، وقال: «إنه الحق، وأسنده إمام الحرمين للإمام الشافعي، ومعظم الحنفية، ونسب للإمام مالك والإمام ابن

---

(١) المستصفى ١/ ١٧٩.

(٢) الإحكام في أصول الأحكام ٤/ ١٦٧.

(٣) انظر: التقرير والتحبير ٣/ ١٠٥، وإرشاد الفحول: ص٤٠٢، و أصول الفقه لأمير عبد العزيز: ص٤٨٤.

حنبل، وابن تيمية، فجميعهم يأخذ بالمصالح المرسلة، ويعتبرونها دليلاً ما دامت قد اشتملت على ما دعا الشارع لحفظه»[(١)].

يقول صدر الشريعة[(٢)]: « إذا وجدت الملائمة يصح العمل ولا يجب عندنا بل يجب إذا كانت مؤثرة »[(٣)].

فالمصلحة عند هؤلاء تسير في ظل جوهر الدين، مما ورد في نصوصه وأحكامه، وما تم عليه الإجماع، مما جاء ملائما للمصالح المعتبرة.

غير أن الشافعية يشترطون شهادة الأصل، وقد اعتمدوا على ما راعاه الرسول ﷺ من المعاني والأسباب من حيث بناء الأحكام عليها كما ورد في قوله ﷺ: (**إنها من الطوافين عليكم**)[(٤)]، فقد ذكر سبب طهارتها وهو التطويف علينا.

وأصحاب هذا المذهب: لا يبنون حكماً على مصلحة جاءت مخالفة للأدلة ولا تصلح عندهم الموازين العقلية والتجريبية، أن تستقل وحدها بفهم مصالح العباد أو تنسيقها بل

---

(١) البرهان لإمام الحرمين ٢/ ١١١٤، وانظر: الاعتصام للشاطبي ٢/ ١١١ والمنخول للغزالي: ص٣٥٤، وإرشاد الفحول للشوكاني: ص٢٤٢، وتعليل الأحكام للشيخ محمد مصطفي شلبي: ص٣٧٧، ومنهاج العقل للبدخشي ٣/ ١٣٦، ومنهاج الوصول للبيضاوي: ص٩٧، وأصول الفقه للشيخ أبي زهرة ص٢٨٠، وأصول الفقه وابن تيمية لصالح آل منصور ٢/ ٤٦٤، ٥٩٥، ٥٩٦.

(٢) هو: عبد الله بن مسعود بن محمود البخاري، الحنفي صدر الشريعة الأصغر، فقيه أصولي محدث مفسر. من مصنفاته: شرح وقاية الرواية في مسائل الهداية، تعديل العلوم في الكلام، التوضيح في حل غوامض التنقيح في أصول الفقه، ومصنف في النحو، توفي سنة ٧٤٧ هـ، انظر: معجم المؤلفين لكحالة ٦/ ٢٤٦.

(٣) التوضيح لمتن التنقيح: لصدر الشريعة ٢/ ٧٠-٧١.

(٤) رواه الدرامي في سننه ١/ ١٨٨ والترمذي ١/ ١٥٤ وانظر: نيل الأوطار ١/ ٣١.

لابد من عرض هذه النتائج على نصوص الشريعة الإسلامية وأحكامها، فإن كان بينهما اتفاقاً أخذ بها وإن كان بينهما تعارض بأن كان ما رآه الناس مصلحة مخالفا جاءت به النصوص الشرعية أهمل وترك.

يقول الإمام الشاطبي رحمه الله: «وكل أصل شرعي لم يشهد له نص معين وكان ملائماً لتصرفات الشرع ومأخوذاً معناه من أدلته، فهو صحيح يبنى عليه ويرجع إليه إذا كان ذلك الأصلُ بمجموع أدلته مقطوعاً به»(١).

ثم قال: «ويدخل تحت هذا الضرب الاستدلال المرسل الذي اعتمده مالك والشافعي فإنه وإن لم يشهد للفرع أصل معين؛ فقد شهد له أصل كلي، والأصل الكلي إذا كان قطعياً فإنه قد يساوي الأصل المعين، وقد يربو عليه بحسب قوة الأصل المعين وضعفه»(٢).

وقد نفى الآمدي هذا المذهب عن الإمام الشافعي والحنفية(٣).

والحق: أن ما أسند إلى الحنفية والشافعية(٤)، من إنكارهم للمصالح المرسلة غير صحيح؛ لأنه قد ورد عنهما كثير من مسائلها، مما تعلق الحكم فيه بأوصاف مناسبة في حوادث غير منصوص عليها.

قال إمام الحرمين: «وذهب الشافعي ومعظم أصحاب أبي حنيفة رضي الله عنهما إلى اعتماد الاستدلال وإن لم يستند إلى حكم متفق عليه في أصل، لكن لا يستجيز النأي والبعد

---

(١) الموافقات ١/ ٣٩.

(٢) انظر: الموافقات ١/ ٣٩-٤٠.

(٣) انظر: الأحكام للآمدى ٤/ ٢١٦

(٤) وقد ورد في مذهب الشافعية أحكام فقهية لا يبررها إلا القول بالمصلحة المرسلة من ذلك: أنهم يبيحون إتلاف الحيوان الذي يركبه الكفار ليقاتلوا عليه المسلمين، وليس في ذلك نص صريح (مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها - لعلال الفاسي ص: ١٤٤).

والإفراط، وإنما يسوغ تعليق الأحكام بمصالح يراها شبيهة بالمصالح المعتبرة وفاقاً، وبالمصالح المستندة إلى أحكام ثابتة الأصول»(١).

وقال الزنجاني(٢) أحد فقهاء الشافعية: «ذهب الشافعي إلى أن التمسك بالمصالح المستندة إلى كلي الشرع، وإن لم تكن مستندة إلى الجزئيات الخاصة المعينة جائز»(٣).

واحتج في ذلك « بأن الوقائع الجزئية لا نهاية لها، وكذا أحكام الوقائع لا حصر لها، والأصول الجزئية التي تُقْتَبَسُ منها المعاني والعلل محصورة متناهية، والمتناهي لا يفي بغير المتناهي، فلا بد إذا من طريق آخر يتوصل بها إلى إثبات الأحكام الجزئية: وهي التمسك بالمصالح المستندة إلى أوضاع الشرع ومقاصده على نحو كلي، وإن لم يستند إلى أصل جزئي»(٤).

واستدلَّ أصحاب هذا القول بما يلي:

١ - إن المعاني إذا استندت إلى الأصول فالتمسك بها جائز، وليست الأصول وأحكامها حججا، وإنما الحجج في المعاني، ثم إن المعنى لا يدل بنفسه حتى يثبت بطريق، وأعيان المعاني ليست منصوصة وهي المتعلق، فقد خرجت المعاني عن ضبط النصوص وهي متعلق النظر والاجتهاد، ولا حجة في انتصابها إلاَّ لتمسك الصحابة ﷺ بأمثالها(٥).

---

(١) البرهان للجويني ٢/ ٧٢١.

(٢) هو محمود بن أحمد الزنجاني، من كتبه: "تخريج الفروع على الأصول"، استشهد في واقعة بين التتار والمسلمين سنة ٦٥٦هـ. انظر: الفتح المبين ٢/ ٧٠.

(٣) تخريج الفروع على الأصول للزنجاني: ص ١٦٩-١٧١، وانظر: حجيّة المصالح المرسلة للدكتور أحمد حسين فراج: ص٥٥.

(٤) تخريج الفروع على الأصول للزنجاني: ص ١٦٩-١٧١

(٥) حجيّة المصالح المرسلة للدكتور أحمد حسين فراج: ص٥٤.

٢- سبر أحوال الصحابة رضي الله عنهم، حيث لم ير لواحدٍ منهم في مجالس الاستشارة تمهيد أصل واستثارة معنى ثم بناء الواقعة عليه، ولكنهم يخوضون في وجوه الرأي من غير التفات إلى الأصول كانت أو لم تكن، فإذا ثبت اتساع الاجتهاد، واستحال حصرُ ما اتسع منه في المنصوصات، وانضمّ إليه عدم احتفالِ علماء الصحابة بتطلب الأصول أرشد مجموع ذلك إلى القول بالاستدلال.

المذهب الرابع:

وذهب الإمامان الغزالي والبيضاوي إلى أنه: إن كانت المصلحة ضرورية قطعية كلية كانت معتبرة، فإن فقد أحد هذه الثلاثة لم تعتبر[1].

والمراد بالضرورية: أن تكون من الضرورات الخمس، وبالكلية: أن تعمّ جميع المسلمين لا أن تكون لبعض الناس دون بعض أو في حالة دون حالة.

وخرج بهذا القول عدم اعتبارها في التحسينات، وأما إن كانت في الحاجيات فقد ذكر الغزالي في المستصفى عدم اعتبارها، بينما اختار في كتابه شفاء العليل بناء الأحكام عليها[2].

موقف الأئمة من المصلحة المرسلة:

جمهور الفقهاء متفقون على أن المصلحة أساس صالح لتشريع الأحكام الفقهية، غير أن جمهور الحنفية والشافعية يشترطون في المصلحة أن تكون داخلة تحت القياس، بحيث يوجد أصل معين يقاس عليه وتوجد فيه علة منضبطة يكون في ربط الحكم بها مظنة تحقق المصلحة. وعلى هذا فهم يقفون عند المصالح المعتبرة، ولكنهم يتوسعون في اعتبار المصالح لتوسعهم في اعتبار الشارع للعلل التي يناط بها الحكم تحقيقا للمصلحة، بحيث لا تكاد

---

(١) انظر: المستصفى، ١/ ١٧٤، وإرشاد الفحول: ص٤٠٣، والابتهاج في تخريج أحاديث المنهاج: ص٤٦، وأصول الفقه الإسلامي لأمير عبد العزيز ٢/ ٤٨٥.

(٢) راجع (ص٤٨)، من هذا الفصل، ففيه تفصيل المصلحة عند الإمام الغزالي في كتبه الثلاثة.

توجد مصلحة مرسلة لا يوجد شاهد باعتبارها[١] وقد ذهب الشافعي ومن تابعه إلى أنه لا استنباط بالاستصلاح، ومن استصلح فقد شرّع كمن استحسن، والاستصلاح كالاستحسان متابعة للهوى.

ويزداد توسع الحنفية عن الشافعية في هذا المجال لاعتمادهم على الاستحسان الذي يستند في بعض الأحيان على المصلحة.

المصلحة عند المالكية:

لقد حدد ذلك الإمام الشاطبي، بقوله: «بأنها التي سكتت عنها النصوص لكنها ملائمة لتصرفات الشرع؛ بأن اعتبرها في الجملة بغير دليل معين وليست هي المصلحة المسكوت عنها ولا عهد لتصرفات الشارع بها»[٢].

ويقول أيضاً: «أما قسم العادات الذي هو جارٍ على المعنى المناسب الظاهر للعقول فإنه استرسل فيه استرسال المدل العريق فيفهم المعاني المصلحية، نعم مع مراعاة مقصود الشارع، ألاَّ يخرج عنه ولا يناقض أصلاً من أصوله، حتى استشنع كثير من العلماء وجوه استرساله زاعمين أنه خلع الربقة وفتح باب التشريع، وهيهات ما أبعده عن ذلك رحمه الله، بل هو الذي رضي لنفسه في فقهه بالإتباع »[٣].

---

(١) فقد اشترط علماء الحنفية في علة القياس أن تكون وصفا مناسبا قد اعتبره الشارع علة، ثم قالوا: إن اعتبار الشارع لهذا الوصف المناسب إما أن تكون باعتباره بعينه علة للحكم الذي ارتبط به، وذلك مثل الأذى في الحيض، فإن الشارع قد اعتبره بذاته علة لوجوب اعتزال النساء في المحيض.

(٢) انظر: حجية المصالح المرسلة في استنباط الأحكام الشرعية: لأحمد حسين فراج: ص٤١.

(٣) الاعتصام ٢/ ١٣٢-١٣٣.

وممن شنّع على الإمام مالك في هذا، الإمام الجويني رحمه الله، حيث يقول: «وأفرط الإمام إمام دار الهجرة مالك بن أنس في القول بالاستدلال حتى جرَّه إلى استحلال القتل وأخذ المال لمصالح يقتضيها في غالب الظن وإن لم يجد لها مستنداً»[١].

وقد أنكر بعض علماء المالكية ما نسب إلى الإمام مالك من القول بها، منهم: الإمام القرطبي[٢]، حيث يقول كما نقله عنه صاحبُ إرشاد الفحول: « وقد ذهب الشافعية ومعظم أصحاب أبي حنيفة إلى عدم الاعتماد عليها، وهو مذهب مالك، قد اجترأ عليه إمام الحرمين الجويني وجازف فيما نسبه إلى مالك من الإفراط في هذا الأصل، وهذا لا يوجد في كتب مالك ولا في شيء من كتب أصحابه »[٣].

ونجد أن القرطبي رحمه الله قد جازف – أيضاً- في قوله هذا، فإن الإمام مالكاً أخذ بالمصلحة في مسائل، وسنعرض الأمثلة على ذلك فيما بعد، وكذلك الإمام الجويني بالغ في قوله، وقد أوضح ذلك الإمام ابن دقيق العيد[٤] حيث يقول كما نقل عنه

---

(١) إرشاد الفحول: ص ٤٠٣، وانظر: البرهان للجويني ٢/ ٧٢١.

(٢) هو: الإمام أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرج الأنصاري الخزرجي القرطبي الأندلسي (ت٦٧١هـ)، كان من العلماء العارفين والعباد الزاهدين ومن كبار المفسرين، وكان إماماً في الحديث، حسن التصنيف، جيد النقل، توفي بمنية بني خصيب في أسيوط شمالي صعيد مصر، من مؤلفاته: "الجامع لأحكام القرآن". انظر: طبقات المفسرين للداوودي ٢/ ٦٩، وشذرات الذهب ٣/ ٣٣٥.

(٣) إرشاد الفحول: ص٤٠٣.

(٤) هو: محمد بن علي بن وهب الصعيدي المالكي والشافعي، ولد سنة ٦٢٥هـ، صاحب التصانيف منها: "شرح العمدة" و"كتاب الإلمام"، كان من أذكياء زمانه، واسع العلم كثير الكتب، له يد طولى في الأصول والمعقول، وخبرة بعلل المنقول، ولي قضاء الديار المصرية، توفي ٧٠٢ هـ. انظر: شذرات الذهب ٦/ ٥، والدرر الكامنة ٤/ ٩١.

الشوكاني[1] في إرشاد الفحول[2]: «الذي لا شك فيه أن لمالك ترجيحاً على غيره من الفقهاء في هذا النوع ويليه أحمد بن حنبل ولا يكاد يخلو غيرهما من اعتباره في الجملة، ولكن لهذين ترجيح في الاستعمال لها على غيرهما».

وقد أوضح الشاطبي مقصود الإمام مالك من المصلحة التي يعمل بها، وفصّل في ذلك وخرج بشروط ثلاثة[3]:

الشرط الأول: أن تكون ملائمة لمقاصد الشارع، بحيث لا تنافي أصلاً من أصوله ولا دليلاً من أدلته.

الشرط الثاني: أن تكون معقولة في ذاتها جرت على المناسبات المعقولة بحيث لو عرضت على العقول تلقتها بالقبول، وهذا جارٍ فيما عدا التعبدات.

الشرط الثالث: أن يكون في الأخذ بها حفظ أمر ضروري، أو رفع حرج لازم في الدين لقوله ﷻ: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾[4].

المالكية والحنابلة:

فإنهم يبنون الأحكام على مجرد المصلحة، دون أن يتكلفوا إدخالها في القياس، ومن غير أن يبحثوا عن أصل معين يقيسون عليه. فذهب الإمامان مالك وأحمد بن حنبل ومن

---

(١) هو: محمد بن علي بن محمد الشوكاني الخولاني ثم الصنعاني، ولد سنة(١١٧٣هـ)، مفسر محدث، فقيه، أصولي، نشأ بصنعاء، وولي القضاء، وله مصنفات كثيرة منها: "فتح القدير في التفسير" و"نيل الأوطار" و"إرشاد الفحول"وغيرها، توفي بصنعاء سنة(١٢٥٠هـ). معجم المؤلفين ١١/ ٥٣، والأعلام ٦/ ٢٩٨.

(٢) انظر: إرشاد الفحول: ص٤٠٣.

(٣) الاعتصام للشاطبي ٢/ ١٣٢، و انظر: الأحكام للآمدي ٣/ ٢٠٣، وحجية المصالح المرسلة للدكتور: أحمد حسين فراج: ص٤٤.

(٤) سورة الحج، من الآية [٧٨].

تبعهما إلى أن الاستصلاح طريق شرعي لاستنباط الحكم فيما لا نص فيه ولا إجماع، وأن المصلحة المطلقة التي لا يوجد من الشرع ما يدل على اعتبارها ولا على إلغائها مصلحة صالحة لأن يبنى عليها الاستنباط.

كما أنهم يجعلونها دليلا مستقلا بعنوان المصلحة المرسلة، أو بعنوان الاستصلاح أي طلب ما فيه مصلحة، كما جاء في تعبير الغزالي، أو بعنوان الاستدلال كما يسميها إمام الحرمين، ويضعون الشروط للتشريع على أساسها ولهذا اشتهر أن الاحتجاج بالمصلحة المرسلة هو منهج المالكية والحنابلة، دون الحنفية والشافعية.

أما الحنفية:

فالمشهور في بعض الكتب أنهم لا يأخذون بالاستصلاح ولا يعدونه دليلاً شرعياً، وهذا فيه نظر من عدة وجوه:

أولها: أن فقهاء العراق في مقدمة القائلين بأن أحكام الشرع مقصود بها المصالح، ومبنية على علل هي مظان تلك المصالح، وهم يأخذون بمعقول النص وروحه وكثيرا ما أولوا ظواهر النصوص استناداً إلى معقولها، والمصلحة المقصودة منها، فمن البعيد أن الحنفية هم زعماء فقهاء العراق لا يأخذون بالاستصلاح، وقد كان زعيمهم إبراهيم النخعي في بحوثه وآرائه لا يصدر إلا عن المصلحة ولا يحتج إلا بالمصلحة، وهم في مقدمة العباسيين وعمادهم مراعاة المصلحة.

ثانيها: أنهم قالوا بالاستحسان، وجعلوا من أنواعه الاستحسان الذي سنده العرف والضرورة والمصلحة، وما هذا إلا استنادا إلى المناسب المرسل، وأخذاً بالاستصلاح.

والحق في ذلك أن المذاهب الأربعة تعتد بما يسمى مصلحة مرسلة. غير أن جمهور الحنفية والشافعية يحاولون إدخالها في القياس، ويتشددون في ذلك، ضبطاً للأحكام، واحتياطاً في أمر التشريع.

وإما أن يكون الوصف المناسب عينه علة لحكم من جنس الحكم الذي ارتبط به، وذلك مثل الصغر في كونه علة لثبوت الولاية للأب في تزويج الصغيرة، فإنه وصف مناسب قد اعتبره الشارع بعينه علة لثبوت الولاية على مال الصغيرة، والولاية على النفس والولاية على المال نوعان لجنس واحد هو الولاية.

وإما أن يكون باعتبار وصف مناسب من جنسه علة للحكم الذي ارتبط بعينه، وذلك مثل المطر في كونه علة لإباحة الجمع بين صلاتين في وقت واحد، فإن المطر والسفر نوعان من جنس واحد هو الأمر الذي ترتب عليه مشقة، وقد اعتبر الشارع السفر علة للحكم نفسه وهو الجمع بين الصلاتين.

وإما أن يكون باعتبار وصف من جنس الوصف المناسب على الحكم من جنس الحكم الذي ارتبط به، وذلك مثل تكرر الصلاة في كونه علة للتخفيف عن الحائض بسقوط قضاء الصلوات عنها لما فيه من حرج ومشقة، فإنه وصف مناسب اعتبر الشارع أمورا كثيرة من جنسه هي مظنة الحرج والمشقة عللا لأحكام كثيرة من جنس إسقاط قضاء الصلوات عن الحائض، لما فيها من تخفيف عن المكلفين ورفع الحرج عنهم، كالمرض في إباحته للفطر في رمضان، والسفر في إباحته للفطر في رمضان ولقصر الصلاة الرباعية.

ويتضح لنا من هذا إلى أن الخلاف الواقع بين الفقهاء ليس في اعتبار المصالح المرسلة في حد ذاتها وإنما هو في أنها: هل تعتبر أصلاً مستقلا برأسه أم هي مردودة إلى الأصول الأخرى المتفق عليها ؟

* فالذين مالوا إلى إنكارها وردها: كابن الحاجب وابن عبد الشكور ومعظم الحنفية: إنها قصدوا بذلك إنكار كونها أصلاً مستقلاً مضافاً إلى الأصول الأربعة المتفق عليها، وهذه وجهة صحيحة؛ لأن معظم الأئمة لم يروها دليلاً مستقلاً برأسه.

* وأما الذين مالوا إلى الأخذ بها وقد نقل عن معظم الأئمة اعتبارها كإمام الحرمين والغزالي فإنما أرادوا بذلك اعتباره داخلاً في الأصول الأربعة المتفق عليها فتكون وجهتهم بذلك صحيحة؛ لأن عامة الأئمة يأخذون به على هذا الأساس.

وهذا التوفيق بين الآراء المتضاربة هو ما قال به الدكتور البوطي لرد مظهر التخالف إلى حقيقة التوفيق [(١)].

الرأي الراجح في حكم المصلحة المرسلة (الاستصلاح):

القول بحجية الاستصلاح هو الرأي الراجح سواء كانت المصلحة التي يراد بناء الحكم عليها واقعة في مرتبة الضروريات أم في مرتبه الحاجيات أم في مرتبة التحسينات، وأن المصلحة المرسلة أصل مستقل برأسه في بناء الأحكام عليها، وهي داخلة ضمن مقاصد الشرع وراجعة إلى حفظ مقصد من مقاصده، وليست راجعة إلى الأصول الاجتهادية الأخرى المتفق عليها بل هي آخذة صفة الاستقلال.

يقول عبد الوهاب خلاف: «الاستصلاح هو أخصب الطرق التشريعية فيما لا نص فيه، وفيه المتسع لمسايرة تطورات الناس وتحقيق مصالحهم وحاجاتهم. والتشريع به يحتاج إلى مزيد الاحتياط في توخي المصلحة وشدة الحذر من غلبة الأهواء؛ لأن الأهواء كثيراً ما تزين المفسدة فترى مصلحة، وكثيراً ما يعتد بما ضرره أكبر من نفعه»[(٢)].

وقال الدكتور مصطفى زيد[(٣)] عن حجية الاستصلاح ورعاية المصلحة: « والحق أن رعاية المصلحة أصل من الأصول المعترف بها في الشريعة الإسلامية، ما في هذا شك وأن

---

(١) انظر: ضوابط المصلحة للدكتور البوطي: ص٤٠٠- ٤٠١

(٢) مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه: ص ٨٥.

(٣) هو: الدكتور مصطفى زيد من العلماء المعاصرين ومن أوائل من كتبوا في المصلحة، كان رئيساً لقسم الشريعة الإسلامية بكلية دار العلوم- جامعة القاهرة، له العديد من المؤلفات العلمية في الفقه وأصوله والسنة والتفسير.

هذا الأصل يستقل ببناء الأحكام عليها. فحيث وجدت مصلحة جزئية لم يكفلها بذاتها نص، ولم يجمع على حكم خاص بها ولم يسبق لها نظر يمكن أن تقاس عليها، وجب أن يوضع لها الحكم الذي يحققها»(١).

إن الاحتجاج بالمصلحة المرسلة وبناء الأحكام عليها، هو الأمر الراجح الذي يتفق مع عموم الشريعة وخلودها ومسايرتها لمصالح الناس في كل زمان ومكان، وهو الأمر الذي سار عليه صحابة الرسول ﷺ الذين خلفوه في منصب التشريع والإفتاء.

والقول بعدم الاعتداد بالمصلحة إلا إذا وجد لها شاهد معين بالاعتبار يؤدي إلى جمود الشريعة واطراح الناس لها، لعدم مسايرتها لمصالحهم فإن كثيراً من المصالح المتجددة يصعب إلحاقها بأصل معين ووجود شاهد باعتبارها بذاتها.

أما الخوف من أصحاب الهوى فلا يصح أن يكون سبباً في إهمال مصالح الناس(٢)، وأن ذلك وحده ليس كافياً فيكف أذاهم بل يجب إبعادهم عن ولاية أمر الناس وعن منصب التشريع؛ لأن من غلب عليه الهوى، وران على قلبه الفساد، يكون منه الخطر على الشريعة وأحكامها سواء أكان التشريع مقيداً بالنصوص أم مقيداً بالمصلحة. وفي الأخذ بالاجتهاد الجماعي دون الاجتهاد الفردي ضمان للتعرف إلى المصالح وتمييزها من الأهواء والشهوات.

---

(١) المصلحة في التشريع الإسلامي: د. مصطفى زيد: ص ٨٥.

(٢) يقول ابن القيم: «من المسلمين من فرطوا في رعاية المصلحة المرسلة، فجعلوا الشريعة قاصرة لا تقوم بمصالح الناس محتاجة إلى غيرها، وسدوا على أنفسهم طرقاً صحيحة من طرق الحق والعدل ومنهم من أفرطوا فسوغوا ما ينافي شرع الله وأحدثوا شراً طويلاً وفساداً عريضاً». الطرق الحكمية: ص ١٨، وانظر: إعلام الموقعين ٤/ ٣٢٧.

وأما قول المنكرين للمصلحة المرسلة: إن التشريع بمقتضاه يترتب عليه اختلاف الأحكام مما لا يتفق مع وحدة التشريع عموماً فقول ظاهر البطلان؛ لأن هذا الاختلاف في الأحكام، بناء على اختلاف المصالح مقصد أساسي من مقاصد يتحقق به خير الناس مهما اختلفت أزمانهم وديارهم.

وهذا الاختلاف لا يتنافى مع وحدة الشريعة وعمومها؛ لأن الشريعة واحدة عامة تطالب الجميع بتشريع ما يحقق مصلحتهم في المسائل التي لم يرد عن الشارع شاهد باعتبارها ولا بإلغائها، فلم يكن الاختلاف في أصل الشريعة حتى يتنافى مع وحدتها وعمومها، وإنما هو اختلاف في التطبيق وفي وجود المصلحة أو عدم وجودها.

المطلب الثالث

أمثلة عملية تطبيقية للمصالح المرسلة

إن المقصد العام من الشريعة الإسلامية، هو جلب المصالح ودرء المفاسد، للفرد والأسرة والمجتمع. والأدلة على ذلك كثيرة أهمها ما جاء في القرآن الكريم، قال الله تعالى: ﴿وَمَآ أَرۡسَلۡنَٰكَ إِلَّا رَحۡمَةٗ لِّلۡعَٰلَمِينَ﴾ (١)، ولن يكون الرسول ﷺ رحمة للعالمين إلاَّ إذا كانت الشريعة الإسلامية التي جاء بها وافية بمصالحهم، متكفلة إصلاحاً، وإلاَّ لم تكن بعثته رحمة لهم، وقال ﷻ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱسۡتَجِيبُواْ لِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ إِذَا دَعَاكُمۡ لِمَا يُحۡيِيكُمۡ﴾(٢)، لِذَا قرر القرآن الكريم أن ما يدعو إليه الله ورسوله سبباً للحياة، والمراد بالحياة هنا الحياة الكريمة، وذلك ما تشير إليه صيغة ﴿يُحۡيِيكُمۡ﴾ وتستلزمه ضرورة المعنى، ولا تتم الحياة الكاملة للإنسان إلاَّ إذا تحققت له السعادة في الدنيا والآخرة.. ولقد

---

(١) سورة الأنبياء، الآية [١٠٧].

(٢) سورة الأنفال، الآية [٢٤].

قررت السنَّة النبوية الصحيحة ما يقرر هذا، فقد قال رسول الله ﷺ: **(لا ضَرَرَ ولا ضِرَار)**[١] ومفهوم الضرر هو: محاولة الإنسان إلحاق المفسدة بنفسه أو بغيره، والضرار: أن يتراشق اثنان بما فيه مفسدة لهما[٢].

وفي ضوء هذه الأدلة يتضح أن الشريعة الإسلامية من أهم مقاصدها: جلب المصالح ودرء المفاسد، بل إن هذا الأمر قاعدة كلية في الشريعة الإسلامية[٣].

ومن هذه الأمثلة؛ مايلي:

المثال الأول:

يتمثل في اجتهاد أصحاب رسول الله ﷺ بعد وفاته في جمع المصحف على عهد أبي بكر رضي الله عنه استناداً للمصالح المرسلة. وذلك عقب موقعة اليمامة حيث استشهد الكثير من

---

(١) أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب: الأحكام، باب: من بنى بحقه ما يضر بجاره، رقم ٢٣٣٢، ومالك في الموطأ، كتاب: الأقضية، باب: القضاء في المرفق، رقم ١٢٣٤، وقال أبو داود: إنه من الأحاديث التي يدور الفقه عليها.

قال ابن الملقن في تحفة المحتاج ٢/ ٢٩٦ رقم ١٣٠٨: رواه الحاكم في المستدرك ٢/ ٥٧-٥٨، وقال: صحيح على شرط مسلم ووافقه الذهبي. ورواه أيضاً الدارقطني في سننه ٣/ ٧٧، والبيهقي في سننه ٦/ ٦٩. وهو صحيح بشواهده الكثيرة، انظر هذه الشواهد في نصب الراية ٤/ ٣٨٤-٣٨٦ وإرواء الغليل ٢/ ٤٠٨-٤١٤. وحسّنه النووي في الأربعين وقال: رواه مالك في الموطأ مرسلاً عن عمرو بن يحيى عن أبيه عن النبي مرسلا، فأسقط أبا سعيد وله طرق يقوي بعضها بعضا. ووافقه الحافظ ابن رجب الحنبلي في جامع العلوم والحكم: ص٢٨٧، وكذلك العلاني كما في الإرواء ٥/ ٤١٣.

(٢) انظر: ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية للبوطي: ص٧٩.

(٣) انظر: نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار: للإمام محمد الشوكاني ٥/ ٣٨٧.

حفظة القرآن الكريم وقرائه، روى البخاري[١] عن زيد بن ثابت رضي الله عنه[٢] قال: (أرسل إلي أبو بكر رضي الله عنه بعد موقعة اليمامة. وإذا عنده عمر بن الخطاب رضي الله عنه، قال أبو بكر: إن عمر أتاني فقال: إن القتل قد استحرَّ[٣] بالقرَّاء في مواطن فيذهب قرآن كثير، وأني أرى أن تأمر بجمع القرآن، فقلت لعمر: كيف نفعل شيئاً لم يفعله رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال لي: هو والله خير، فلم يزل عمر يراجعني في ذلك حتى شرح الله صدري ورأيت الذي رأى عمر، قال زيد: فقال أبو بكر: إنك رجل شاب عاقل لا نتهمك، قد كنت تكتب الوحي لرسول الله صلى الله عليه وسلم فتتبع القرآن وأجمعه، قال زيد: والله لو كلفوني نقل جبل من الجبال ما كان أثقل عليّ مما أمرني به من جمع القرآن، قلت: كيف تفعلون شيئاً لم يفعله رسول الله صلى الله عليه وسلم؟ قال: هو والله خير، فلم يزل أبو بكر يراجعني حتى شرح الله صدري للذي شرح الله له صدر

---

(١) هو: محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة بن بردزبة البخاري الجعفي أبو عبد الله(١٩٤-٢٥٦هـ)، صاحب الصحيح، إمام أهل الحديث والمقتدى به فيه والمعول على كتابه بين أهل الإسلام، رحل في طلب العلم إلى سائر محدثي الأمصار وسمع من أكثرهم، منهم الإمام أحمد بن حنبل، صنّف كتابه الصحيح وقال: جعلته حجّة فيما بيني وبين الله. انظر: شذرات الذهب ١/ ١٣٤، وسير أعلام النبلاء ١٢/ ٣٩.

(٢) هو: زيد بن ثابت بن الضحاك بن لوذان بن مالك بن النجار الأنصاري الخزرجي أبو سعيد وقيل أبو ثابت، كاتب الوحي وكان من علماء الصحابة، جمع القرآن في عهد أبي بكر، وكان زيد رأساً بالمدينة في القضاء والفتوى والقراءة والفرائض، فهو من الراسخين في العلم، مات سنة ٤٥. انظر: تقريب التهذيب لابن حجر العسقلاني، ص٢٢٢، والإصابة في تمييز الصحابة لابن حجر ٢/ ٥٩٢-٥٩٤.

(٣) استحر: اشتد وكثر، انظر: لسان العرب ٤/ ١٧٩، والنهاية في غريب الحديث والأثر ١/ ٣٦٤.

أبي بكر وعمر رضي الله عنهما فتتبعت القرآن أجمعه من الرقاع[١] والعُسُب[٢] واللِّخَاف[٣] وصدور الرجال)[٤].

قلت:هذا مثال تطبيقي ينطبق على تعريف المصلحة المرسلة؛ ذلك لأن جمع القرآن الكريم وتدوينه وكتابته لم يرد نص خاص باعتباره أو بإلغائه، بدليل أن أبا بكر الصديق قال لعمر بن الخطاب: كيف نفعل شيئاً لم يفعله رسول الله ﷺ؟

كما أنه لم يرد نص خاص بإلغائه، والحقيقة: أنهم رأوا أمامهم مصلحة تناسب تصرفات الشارع قطعاً تتمثل هذه المصلحة في حفظ أهم مصدر من مصادر الشريعة الإسلامية وهو: القرآن الكريم من الضياع.

ولقد علَّل عمر بن الخطاب رضي الله عنه سبب هذا بقوله: (وإني أخشى أن يستحرَّ القتل بالقرَّاء في المواطن فيذهب قرآن كثير)، وقال حين أنكر أبو بكر هذا: (هو والله خير)، أي: فيه مصلحة للمسلمين، وتتمثل هذه المصلحة في حفظ أصل من أصول الدين، والدين هو أعظم الكليات الخمس، وهي: الدين، والنفس، والعقل، والنسل، والمال.

المثال الثاني:

مصلحة الدولة الإسلامية في استخدام وسائل الإعلام الحديثة في نشر مفهوم الدعوة الإسلامية الصحيحة وتوفير الرفاهية المنضبطة بالشكل الذي يتفق مع

---

(١) الرقاع: جمع رقعة، وقد تكون من جلد أو ورق أوكاغد أو غيره، فتح الباري لابن حجر ٩/ ١٤.

(٢) العُسُب: جمع عسيب، وهو جريد النخل الذي كانوا يكشطون الخوص عنه ويكتبون في الطرف العريض، فتح الباري ٩/ ١٤، وانظر: النهاية في غريب الحديث والأثر لابن الأثير ٣/ ٢٣٤.

(٣) اللخاف: جمع لخفة وهي الحجارة الرقيقة، وقال بعضهم: صفائح الحجارة الرقاق، وخصها بعضهم بالبيضاء فقال: حجارة بيض رقاق، فتح الباري ٩/ ١٤، وانظر: النهاية في غريب الحديث ٤/ ٢٤٤.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: فضائل القرآن، باب: جمع القرآن، رقم ٤٧٠١.

الضوابط الشرعية، خاصة أن هذه المصلحة اقتضتها الحياة المعاصرة المتغيرة بين عشية وضحاها [١].

فهذه مصلحة لم تشهد لها النصوص الخاصة ولكنها داخلة في قسم التحسينات من حيث توفير الراحة واختصار الوقت للناس، وقد تدخل في قسم الأمور الضرورية إذا كانت تسخر في نشر التعاليم الإسلامية وإحقاق الحق وإزهاق الباطل، والرد على شبه أعداء الإسلام ومفترياتهم خاصة في عصر المعلومات الحديثة.

المثال الثالث:

تنوع المحاكم القضائية اليوم على حسب الدعاوى، بحيث يكون لكل نوع من الدعوى محكمة خاصة تنظر فيها ويمتنع عليها النظر فيما سواها، وذلك كالمحاكم الجنائية، والمحاكم الجزئية للقضايا الصغيرة إلى غير ذلك من أنواع المحاكم.. فلن يوجد نص خاص يؤيد هذا التقسيم بالاعتبار أو الإلغاء. إلا أنه ترتب عليه ومن ورائه مصلحة، وهي: تحقيق العدل بين الناس قدر الإمكان، وهذا المبدأ يستشف من قوله ﷻ: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَـٰنَـٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحْكُمُوا۟ بِٱلْعَدْلِ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِۦٓ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ سَمِيعًۢا بَصِيرًا﴾ [٢].

إن هذا التقسيم الذي أصبح حقيقة في المجتمع الإسلامي يساعد الجهة المختصة على إقامة العدل بين الناس بسبب إلمام كل محكمة بالقضايا ذات الطابع المعين، فيستطيع القاضي المختص في نوعية كل دعوى أن يحكم حسب تخصصه ودراسته، وهذا ما تقصد إليه شريعة الإسلام الغراء.



---

(١) ضوابط المصلحة: ص٣٠٥.

(٢) سورة النساء، الآية [٥٨].

المبحث الثاني
أقسام المصالح المرسلة وشروطها

مدخل:

لقد قسم علماء الأصول المصلحة إلى عدة تقسيمات، وأشهر هذه التقسيمات هي:

التقسيم الأول: باعتبار الشارع لها وعدمه.

التقسيم الثاني: باعتبار تغيرها وعدم تغيرها.

التقسيم الثالث: باعتبار مقدار حاجة بقاء العالم وصلاحه إليها.

التقسيم الرابع: باعتبار العموم والخصوص.

يقول ابن قدامة المقدسي: «المصلحة المرسلة ثلاثة أقسام:

قسم: شهد المشرع باعتباره فهو القياس:

وهو اقتباس الحكم من معقول النص أو الإجماع.

القسم الثاني: ما شهد ببطلانه:

كإيجاب الصوم بالوقاع في رمضان على الملك، إذ العتق سهل عليه فلا ينزجر، والكفارة وضعت للزجر، فهذا لا خلاف في بطلانه لمخالفته للنص، وفتح هذا يؤدي إلى تغيير حدود المشرع.

الثالث: ما لم يشهد له بإبطال ولا باعتبار كمعين:

وهذا على ثلاثة ضروب:

أحدها: ما يقع في رتبة الحاجات، كتسليط الولي على تزويج الصغيرة، فذلك لا ضرورة إليه لكنه محتاج إليه لتحصيل الكفء خيفة من الفوات واستقبالاً للصلاح المنتظر في المآل.

الضرب الثاني: ما يقع موضع التحسين والتزيين ورعاية حسن المناهج في العبادات والمعاملات، كاعتبار الولي في النكاح صيانة للمرأة عن مباشرة العقد لكونه مشعراً بتوقان نفسها إلى الرجال، فلا يليق ذلك بالمروءة، ففوض ذلك إلى الولي حملا للخلق على أحسن المنهاج، ولو أمكن تعليل ذلك بقصور رأي المرأة في انتقاء الأزواج وسرعة الاغترار بالظاهر لكان من الضرب الأول، ولكن لا يصح ذلك في سلب عبادتها، فهذان الضربان لا نعلم خلافاً في أنه لا يجوز التمسك بهما من غير أصل، فإنه لو جاز ذلك كان وضعاً للشرع بالرأي، ولما احتجنا إلى بعثة الرسل، ولكان العامي يساوى العالم في ذلك، فإن كل أحد يعرف مصلحة نفسه.

الضرب الثالث: ما يقع في رتبة الضروريات وهي ما عرف من الشارع الالتفات إليها وهي خمس: أن يحفظ عليهم دينهم وأنفسهم وعقلهم ونسبهم ومالهم، ومثاله: قضاء الشرع بقتل الكافر المضل، وعقوبة المبتدع الداعي إلى البدع صيانة لدينهم، وقضاؤه بالقصاص؛ إذْ به حفظ النفوس، وإيجابه حد الشرب؛ إذ به حفظ العقول وإيجابه حد الزنا حفظا للنسل والأنساب، وإيجابه زجر السارق حفظا للأموال وتفويت هذه الأصول الخمسة والزجر عنها يستحيل»[1].

هذا على وجه الإجمال، أما التفصيل فهو في المطالب التالية:

* **المطلب الأول:التقسيم الأول**: من حيث اعتبار الشارع لها وعدمه.
* **المطلب الثاني: التقسيم الثاني**: باعتبار قوتها في ذاتها.
* **المطلب الثالث: التقسيم الثالث**: باعتبار العموم والخصوص.
* **ثم المطلب الرابع**: وهو شروط العمل بالمصالح المرسلة.

---

(١) روضة الناظر وجنة المناظر: ص١٦٩-١٧٠.

المطلب الأول
التقسيم من حيث اعتبار الشارع لها وعدمه

ويعتبر هذا التقسيم الأول: وهو من حيث شهادة الشارع لها بالاعتبار، أو الإلغاء أو السكوت عنها:

وتندرج تحته ثلاثة أقسام:

* ما شهد الشرع باعتبارها.

* ما شهد الشرع ببطلانها.

* ما لم يشهد الشرع لا ببطلانها ولا بالاعتبار(١).

القسم الأول من التقسيم الأول: وهو ما شهد الشرع باعتبارها:

فهو حجة، ويرجع حاصلها إلى القياس، أو هي القياس نفسه على حد تعبير الدكتور حسين حامد حسان؛ وذلك لأن الشرط عندهم في القياس أن يوجد الأصل الذي يعتبر الشارع فيه عين المصلحة أو جنسها(٢)، وقد دلَّ الدليل على أن الشرع قصدها عند تشريعه، ولا خلاف بين علماء المسلمين في بناء التشريع عليها؛ لأن اعتبار الشارع لها بمثابة إذن منه يجعلها أساسا للتشريع، فالاستدلال بها على الأحكام يعتبر اقتداءً بالشرع، وذلك مثل **حفظ العقل**، فإنه مصلحة اعتبرها الشارع، فيقاس على الخمر في التحريم كل ما أسكر من مأكول أو مشروب حفظا لهذه المصلحة(٣).

وكذلك **حفظ النفس**: فإنه مصلحة اعتبرها الشارع، فرتَّب عليها وجوب القصاص في القتل بالمحدد، وجعل لانضباط ذلك أوصافاً، وهو أن يكون القتل عمداً عدواناً،

---

(١) انظر: المستصفى ١/ ٢٨٤.

(٢) نظرية المصلحة: ص١٦.

(٣) المستصفى ١/ ٢٨٤-٢٨٥.

فيقاس على القتل بالمحدد في وجوب القصاص بالمثقل بجامع القتل العمد العدوان حفظاً لمصلحة النفس[١].

إذاً فإذا نصَّ الشارع على حكم في واقعة ودلَّ على المصلحة التي قصدها بهذا الحكم، فإن كل واقعة غير واقعة النص تتحقق فيها هذه العلة، يحكم فيها الشارع في واقعة النص، وهذا حكم بالقياس، مثال قوله ﷻ: ﴿إِنَّمَا ٱلْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا۟ بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ ۚ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ﴾[٢].

فكان الإصلاح بين الناس مصلحة إسلامية تربط بين المؤمنين وتقوي ظهرهم وتجمع شملهم، دلَّ عليها دليل من القرآن الكريم، وهو قوله تعالى: ﴿وَٱعْتَصِمُوا۟ بِحَبْلِ ٱللَّهِ جَمِيعًا وَلَا تَفَرَّقُوا۟ ۚ وَٱذْكُرُوا۟ نِعْمَتَ ٱللَّهِ عَلَيْكُمْ إِذْ كُنتُمْ أَعْدَآءً فَأَلَّفَ بَيْنَ قُلُوبِكُمْ فَأَصْبَحْتُم بِنِعْمَتِهِۦٓ إِخْوَٰنًا﴾[٣]، فكانت الوحدة نعمة والفرقة نقمة يحس بذلك من ذاق مرارة القطيعة[٤].

ومثله قوله ﷻ: ﴿وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْمَحِيضِ ۖ قُلْ هُوَ أَذًى فَٱعْتَزِلُوا۟ ٱلنِّسَآءَ فِى ٱلْمَحِيضِ﴾[٥]،فعبارة النص تدلّ على أن إيجاب اعتزال النساء في المحيض مسبب عن كونه أذى، فإذا ثبت أن حال النفاس أو حال النزيف حال أذى مثل الحيض وجب اعتزال النساء فيه شرعاً، قياساً على وجوب اعتزالهن في المحيض[٦].

---

(١) المصلحة في التشريع الإسلامي: ص ٣٤.

(٢) سورة الحجرات، الآية [١٠].

(٣) سورة آل عمران: الآية [١٠٣].

(٤) البدعة والمصالح المرسلة: د. توفيق يوسف الوعي: ص٣٥٣.

(٥) سورة البقرة، الآية [٢٢٢].

(٦) أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي: ص٣٢.

ومثاله أيضاً: **إعداد العدة للجهاد**، من جمع للمال وجلب للسلاح وتدريب للجيش وصنع للعتاد وتخزين للأقوات، فإن هذه كلها مصالح المسلمين تحقق أمنهم واستقرارهم، فيجب على الإمام أن يراعي ذلك، وعلى المسلمين معاونته فيما يؤدى إلى هذا الإعداد، يشهد لذلك من القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿وَأَعِدُّواْ لَهُم مَّا ٱسْتَطَعْتُم مِّن قُوَّةٍ وَمِن رِّبَاطِ ٱلْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِۦ عَدُوَّ ٱللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ﴾(١).

ومثاله: **تشريع القصاص**، قال سبحانه وتعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ يَٰٓأُوْلِي ٱلْأَلْبَٰبِ﴾(٢)، وتأصيل قواعد احترام الإنسان في نفسه وجسمه، وبمنع تعذيبه وتشويهه والتمثيل به، قال تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُواْ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ﴾(٣) وإقرار حريته وحقوقه، كل ذلك في سبيل المحافظة على النفس البشرية وحفظ مكارمها ومقوماتها.

ومثاله: **تشريع الأحكام المتعلقة بالعقل والتفكير** من حيث الدعوة إلى التفكر في ملكوت الله تعالى والتفكر في النفس البشرية، قال عزّ وجل: ﴿إِنَّ فِي خَلْقِ ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضِ وَٱخْتِلَٰفِ ٱلَّيْلِ وَٱلنَّهَارِ لَأَيَٰتٍ لِّأُوْلِي ٱلْأَلْبَٰبِ﴾(٤)، وكذلك من حيث حصول صحة التكاليف الفقهية الشرعية المشروطة بصحة العقل، **ومثال ذلك: حفظ العقل**، فإنه مصلحة اعتبرها الشارع، فرتب عليها تحريم الخمر حفظاً لها، فيقاس على الخمر في التحريم كل ما أسكر من مشروب أو مأكول، حفظاً لهذه المصلحة(٥). إلى غير ذلك من الأمثلة(٦) التي ترمي إلى تحقيق مصلحة حفظ العقل، وهذا مناط التكريم الإلهي للإنسان.

---

(١) سورة الأنفال، الآية [٦].

(٢) سورة البقرة، الآية [١٧٩].

(٣) سورة النحل، الآية [١٢٦].

(٤) سورة آل عمران، الآية [١٩٠].

(٥) المستصفى ١/ ١٣٩.

(٦) انظر: الإحكام للآمدي ٣/ ٢٨٢ – ٢٨٤، والمصلحة في التشريع الإسلامي لمصطفى زيد: ص٣٤.

ومثاله: تشريع الأحكام المتعلقة بالأموال من حيث الدعوة إلى اكتسابه بالطرق المشروعة الجائزة ومن حيث عدم إسرافه وتبذيره، قال ﷺ: ﴿وَكُلُوا وَاشْرَبُوا وَلَا تُسْرِفُوا إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الْمُسْرِفِينَ﴾(١)، ومن حيث تشريع حد قطع يد السارق حفظاً للمال من الضياع، قال تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنَ اللَّهِ﴾(٢).

ويقول الغزالي: «إن المصلحة يرجع حاصلها «إلى القياس، وهو اقتباس الحكم من معقول النص أو الإجماع»(٣)، والدليل قائم باعتباره «فإنه نظر في كيفية استثمار الأحكام من الأصول المثمرة»(٤).

وتثبت المصالح المعتبرة بطريقتين:

طريقة أولى: تتعلق باعتبار هذا النوع من المصالح بالنص والإجماع على علة الأوصاف المناسبة للحكم.

ومثال ذلك: التنصيص على علة الصغر في الولاية وعلى علة السرقة بالنسبة لقطع اليد.

طريقة ثانية: تتعلق بورود الحكم على وفق المناسب المعتبر؛ أي على الوصف المناسب الذي اعتبره الشارع فتكون هناك ملاءمة بين الوصف والحكم ولو لم يوجد نص أو إجماع على علة الوصف لذلك الحكم، **ومثال ذلك قصر الصلاة**، فإنها حكم لوصف المشقة الحاصلة أثناء السفر أو لمظنة المشقة التي عادة ما تحصل أثناء السفر. ومثال ذلك أيضاً حكم عدة الطلاق فإنه ملائم لوصف جهالة ما في الرحم الداعي إلى التريث بالاستبراء(٥).

---

(١) سورة الأعراف، الآية [٣١].

(٢) سورة المائدة، الآية [٣٨].

(٣) المستصفى ١/ ١٣٩، وانظر: الروضة لابن قدامة: ص ٨٦.

(٤) المستصفى ١/ ١٣٩.

(٥) انظر: ضوابط المصلحة: ص ٢٢١-٢٣٢.

وبذلك تكون المصلحة التي اعتبرها الشارع في المثال الأول تتعلق بإقرار مبدأ التيسير ورفع الحرج في الصلاة أثناء السفر عن طريق التقصير، وتكون في المثال الثاني متعلقة بالتأكد من براءة الرحم.

والأمر الواضح من هذين المثالين أن المصلحتين المعتبرتين متماشيتان مع الحكمين اللذين وردا في شأنهما رغم غياب التصريح بالعلة بالنص أو الإجماع.

وحكم الوصف المعتبر أو المصلحة المعتبرة سواء بالتنصيص المباشر على العلة أم بترتيب الحكم على وفق الوصف، حكم هذا الوصف وجوب العمل، إذ هو حجة قطعية اعتبرها الشارع الحكيم، وما كان معتبراً يقدم على المسكوت عنه بالاعتبار أو الإلغاء.

وكذلك قوله ﷻ: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نُودِىَ لِلصَّلَوٰةِ مِن يَوْمِ ٱلْجُمُعَةِ فَٱسْعَوْاْ إِلَىٰ ذِكْرِ ٱللَّهِ وَذَرُواْ ٱلْبَيْعَ ۚ ذَٰلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ﴾[١].

فعبارة النص تدل على أن الأمر بترك البيع مسبب عن النداء للصلاة في يوم الجمعة، لأن البيع في هذا الوقت مشغلة عن ذكر الله تعالى وعن الصلاة، فكل معاملة تشغل عن ذكر الله تعالى وعن الصلاة، كالإجارة والرهن، فحكمها حكم البيع من حيث التحريم، ووجوب الترك قياساً عليه[٢].

يفصّل الشيخ عبد الوهاب خلاف هذا القسم حيث يقول: «وبعض جزئيات هذه المصالح شرع الشارع الإسلامي أحكاماً لتحقيقها، ودلَّ بهذا على أنه قصدها بتشريعه، واعتبرها أساساً له، مثل:

* الأحكام التي شرعها لحفظ الدين والنفس والنسل والمال والعرض والعقل.

---

(١) سورة الجمعة، الآية [٩].

(٢) أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي: ص٣٢.

* والأحكام التي شرعها للتخفيف والتيسير ورفع الحرج، والأحكام التي شرعها للتطهير والتكميل، وهذه تسمى في اصطلاح علماء الأصول المصالح المعتبرةمن الشارع، وهذه لا خلاف بين علماء المسلمين في بناء التشريع عليها، أي أن كل واقعة لم يرد لها نص إذا تحقق بالتشريع فيها مصلحة من المصالح التي بنى الشارع عليها الحكم في واقعة يحكم عليها بالحكم الذي ورد به النص، لأن اعتبار الشارع هذه المصلحة هو إذن منه يجعلها أساساً للتشريع، والاستدلال بها على الحكم اقتداء بالشارع في تشريعه»[١].

فالتشريع في واقعة بناء على تحقق العلة المنصوص عليها أو على نوعها أو جنسها في هذه الواقعة هو تشريع بالقياس، والمصلحة المقصودة بهذا القياس تسمى المصلحة المعتبرة من الشارع.

القسم الثاني من التقسيم الأول: وهو ما شهد الشرع ببطلانها:

ويفسرون شهادة الشرع للمصلحة بالبطلان بوجود نص يدل على حكم الواقعة يناقض الحكم الذي تمليه المصلحة.

وهذا النوع ليس حجة، بل إن هذا النوع من المصلحة مما اتفق على إبطاله، وامتناع التمسك به[٢]؛ إذ المصلحة لا تقتضي الحكم لنفسها على وجه يستقل العقل باعتبارها مصلحة مجردة لمن عرضها على الشرع ليشهد لها أو يردها، ومن أمثلتها:

فتوى يحيى بن يحيى المالكي لبعض ملوك الأندلس لما جامع في نهار رمضان: إن عليه صوم شهرين متتابعين، فلما أنكر عليه، حيث لم يأمره بإعتاق رقبة من اتساع ماله، قال: لو أمرته بذلك سهل عليه واستحقر عتق رقبة في جنب قضاء شهوته، فكانت المصلحة في إيجاب الصوم لينزجر.

---

(١) مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه: ص ١٧٤.

(٢) انظر: المستصفى ١/ ٢٨٥، والإحكام للآمدي ٣/ ٢٨٤، وروضة الناظر: ص٤١٣، والاعتصام ٢/ ١١٣.

ومعلوم من حديث كفارة الإفطار في رمضان بالجماع[١] أن عتق الرقبة[٢] مقدّم على صيام شهرين متتابعين عند الجمهور، وجائز عند مالك، لأن الكفارة عنده على التخيير[٣].

فهذه الفتوى أقامها المفتي بها على رعاية مصلحة، ولكن هذه المصلحة لم يعتد بها، بل عين خصال الكفارة، إما على الترتيب كما يقول الجمهور، وإما على التخيير كما يقول الإمام مالك رحمه الله تعالى[٤].

وفي هذا يقول الشاطبي: «فهذا المعني مناسب لأن الكفارة مقصود الشرع منها الزجر، والملك لا يزجره الإعتاق ويزجره الصيام، وهذه الفتوى باطلة؛ لأن العلماء بين قائلين:

---

(١) رواه البخاري، برقم ١٩٣٦، ومسلم، برقم ٢٥٥٤.

(٢) انظر: جمع الجوامع مع حاشية البناني ٢/ ٢٨٤، والاعتصام ٢/ ١١٤. حيث فيهما تفصيل مراتب الكفارة.

(٣) **هناك مذهبان فيمن جامع في نهار رمضان عامداً:**

أحدهما: على الترتيب وهو إيجاب الرقبة أولاً لمن قدر عليه، فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين، فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً كما في كفارة الظهار التي ذكرها القرآن في سورة المجادلة، فهذه الثلاثة واجبة على الترتيب كما ترى فأول ما يطلب من المجامع هو تحرير رقبة إلى آخره، هذا ما ذهب إليه الشافعي وأبو حنيفة والثوري وسائر الكوفيين.

ثانيهما: إيجاب واحدة من هذه الخصال على التخيير، فله أن يختار أولها وهو العتق، أو وسطها وهو الصيام، أو آخرها وهو الإطعام، وهذا مذهب مالك.

وأجمعوا على أن من وطئ وهو صائم في رمضان من غير عذر كان عاصياً، ويبطل صومه ويلزمه إمساك بقية النهار وعليه الكفارة الكبرى وهي عتق رقبة، فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين، فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً، وقال مالك: وهي على التخيير، والإطعام عنده أولى لما رواه ابن القاسم عنه، انظر لما سبق: بداية المجتهد ونهاية المقتصد: محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي، ص٣٧٤.

(٤) انظر: أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي د. مصطفي سعيد الخن، ص٥٥٣ بتصرف.

قائل بالتخيير، وقائل بالترتيب، فيقدم العتق على الصيام، فتقديم الصيام بالنسبة إلى الغني لا قائل به»[(١)]

قال الغزالي معلقاً على هذا المثال: «فهذا قول باطل، ومخالف لنص الكتاب بالمصلحة، وفتح هذا الباب يؤدي إلى تغيير جميع حدود الشرائع ونصوصها بسبب تغير الأحوال، ثم إذا كان هذا من صنيع العلماء لم تحصل الثقة للملوك بفتواهم، وظنوا أن كل ما يفتون به فهو تحريف من جهتهم بالرأي»[(٢)].

ومن أمثلتها: ما تطالب به بعض المنظمات النسائية في بعض الدول الإسلاميةبمناداتهم بتشريع يحرم الطلاق ويحظر على الرجل أن يطلق زوجته كائنة من كانت، وهذا لا شك ينادي به تحت ستار المصلحة وحفظ الأسرة وتقديسها ولعدم تشريد الأولاد وهدم البيوت، إلى آخر تلك الدعاوي البراقة التى يدس فيها السم في العسل، مع أن هذا يخالف مخالفة تامة شرع الله تعالى، ونصوص الكتاب والسنة من مثل قوله ﷻ: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖ﴾[(٣)]، وقوله ﷻ: ﴿وَلِلۡمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعُۢ بِٱلۡمَعۡرُوفِۖ حَقًّا عَلَى ٱلۡمُتَّقِينَ﴾[(٤)].

وقوله ﷻ: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ إِن ظَنَّآ أَن يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ﴾[(٥)].

فقد وردت النصوص -كما رأينا- بإباحة الطلاق، فلا يمكن أن يعارض رأي شخص ما كلام ربه، ويعلم ما لم يعلم، وهو القائل: ﴿أَلَا يَعۡلَمُ مَنۡ خَلَقَ وَهُوَ ٱللَّطِيفُ ٱلۡخَبِيرُ﴾[(٦)].

---

(١) الاعتصام ٢/ ١١٣.

(٢) المستصفى ١/ ٢٨٥، وانظر: الاعتصام ٢/ ١١٣.

(٣) سورة البقرة، من الآية [٢٢٩].

(٤) سورة البقرة، من الآية [٢٤١].

(٥) سورة البقرة، من الآية [٢٣٠].

(٦) سورة الملك، الآية [١٤].

ومن أمثلتها: القول بأن البنت تساوي الابن في الميراث، بدعوى أن المصلحة تقتضي ذلك، لتساويهما في درجة القرابة من المورث، ولأن البنت أصبحت تشارك زوجها في أعباء الحياة فساوت الابن من هذه الجهة، فهذه مصلحة متوهمة وملغاة، لمعارضتها النص القرآني، قال تعالى: ﴿**يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ لِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِ**﴾[(١)]، فهذا نص من كتاب الله تعالى يبين أنه لا مساواة بينهما، ولكل نصيب معلوم، فلا يجوز لإنسان ما أن يدعي أن المصلحة في المساواة.

ومن أمثلة هذا النوع – أيضاً– الانتحار، فإنه يجلب لصاحبه منفعة، ويكون له فيه مصلحة وهي التخفيف مما يعانيه من ألم مرض أو ألم حرمان، ولكن الشارع لم يعتبر هذا النوع من المصالح، بل نصَّ على إلغائه في محكم كتابه وسنة نبيه، قال تعالى: ﴿**وَلَا تَقۡتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمۡۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمۡ رَحِيمٗا ۝٢٩ وَمَن يَفۡعَلۡ ذَٰلِكَ عُدۡوَٰنٗا وَظُلۡمٗا فَسَوۡفَ نُصۡلِيهِ نَارٗاۚ وَكَانَ ذَٰلِكَ عَلَى ٱللَّهِ يَسِيرًا**﴾[(٢)].

ومن أمثلته كذلك: القول بامتلاك الزوجة لحق الطلاق كما يمتلكه الزوج، إذْ عقد الزواج يناسبه ذلك، كما أن حل التمتع بين الزوجين يناسبه ذلك أيضاً[(٣)]، لكنه قد ثبت إلغاؤه بقوله ﷺ: (**إنما الطلاق لمن أخذ بالساق**)[(٤)].

---

(١) سورة النساء، من الآية [١١].

(٢) سورة النساء، الآيتان [٢٩–٣٠].

(٣) المصلحة في التشريع الإسلامي ونجم الدين الطوفي، ص٣٤.

(٤) أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب: الطلاق، باب: طلاق العبد، برقم٢٠٧٢، والدارقطني في سننه، ٤/ ٣٧، والبيهقي في السنن الكبرى ٧/ ٣٧٠.

قال ابن حجر في التلخيص ٣/ ٢١٩ رقم ١٦١٢: «ابن ماجه عن ابن عباس بلفظ: **(إنما الطلاق)** وفيه قصة، وفي إسناده ابن لهيعة وهو ضعيف، وله طرق أخرى عند الطبراني في الكبير، وفيه يحيى الحماني، ورواه ابن عدي والدارقطني من حديث عصمة بن مالك وإسناده ضعيف».

قال الألباني في تصنيف سنن ابن ماجه:ص٣٦٠ رقم ٢٠٨١: «حديث حسن».

ومن أمثلته: ما يدعى من مصلحة لاقتصاد البلاد في تصنيع الخمر وتعاطيها والتعامل بها، وقد أشار الله تعالى إلى هذه المصلحة الموهومة فقال ﷻ: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْخَمْرِ وَٱلْمَيْسِرِ ۖ قُلْ فِيهِمَآ إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَٰفِعُ لِلنَّاسِ﴾ (١)، ثم أشار إلى إلغائها بنفس الآية فقال ﷻ: ﴿وَإِثْمُهُمَآ أَكْبَرُ مِن نَّفْعِهِمَا﴾ (٢).

ثم نصَّ القرآن على إلغاء هذه المصلحة فقال ﷻ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِنَّمَا ٱلْخَمْرُ وَٱلْمَيْسِرُ وَٱلْأَنصَابُ وَٱلْأَزْلَٰمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ ٱلشَّيْطَٰنِ فَٱجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ۝ إِنَّمَا يُرِيدُ ٱلشَّيْطَٰنُ أَن يُوقِعَ بَيْنَكُمُ ٱلْعَدَٰوَةَ وَٱلْبَغْضَآءَ فِى ٱلْخَمْرِ وَٱلْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَن ذِكْرِ ٱللَّهِ وَعَنِ ٱلصَّلَوٰةِ ۖ فَهَلْ أَنتُم مُّنتَهُونَ﴾ (٣).

فالقول بإباحة تصنيع الخمر والتعامل بها وتعاطيها تشريع بناء على مصلحة ألغى الشارع اعتبارها، والتشريع بناء على مصلحة ألغى الشارع اعتبارها تشريع غير سائغ ومردود، قال الشاطبي في هذا القسم: «ما شهد الشرع برده فلا سبيل إلى قبوله، إذ المناسبة لا تقتضي الحكم لنفسها، وإنما ذلك مذهب أهل التحسين العقلي، بل إذا ظهر المعنى وفهمنا من الشرع اعتباره في حق الخلق، من جلب المصالح ودرء المفاسد على وجه لا يستقل العقل بدركه على حال، فإذا لم يشهد الشرع باعتبار ذلك المعنى، بل برده، كان مردوداً باتفاق المسلمين» (٤).

وقال الأستاذ عبد الوهاب خلاف: «وبعض ما يبدو للناس أنه من مصالحهم، قد دلَّ الشارع بنصوصه أو مبادئه العامة التي قررها على إلغائها وعدم اعتبارها، مثل ما يبدو

---

(١) سورة البقرة، من الآية [٢١٩].

(٢) سورة البقرة، من الآية [٢١٩].

(٣) سورة المائدة، الآيتان [٩٠-٩١].

(٤) الاعتصام ١/ ١١٣.

للناس من المصلحة في مساواة الابن بالبنت في الإرث، فقد دلَّ على إلغائها قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ لِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِ﴾(١)، ومثل ما يبدو من المصلحة في التشديد على موسر يفطر عامداً في رمضان بأن لا يكفر ذنبه إلا صيام ستين يوماً، فقد دلَّ على إلغائها بناء الشريعة على اليسر ورفع الحرج، والنص على أن التكفير بعتق رقبة، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين، فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا، ومثل أية مصلحة تبدو للناس وهي تصادم نصاً في الشريعة الإسلامية، أو مبدءاً عاماً قررته الشريعة وتسمى هذه في اصطلاح الأصوليين المصالح الملغاة، ولا خلاف بين العلماء في أنه لا يبنى عليها تشريع، ولا يسوغ أن يقصد تحقيقها بحكم من الأحكام»(٢).

القسم الثالث من التقسيم الأول: وهو ما لم يشهد الشارع له لا بالبطلان ولا بالاعتبار:

أي لم يوجد في الأحكام الشرعية ما يوافقه أو يخالفه، من نص أو إجماع، وهذا محل النظر.

وقد اختلف العلماء في جواز التعليل به، وقد سمى المالكية هذا النوع بالمصالح المرسلة، وإمام الحرمين بالاستدلال، وبعضهم بالاستدلال المرسل، والغزالي بالاستصلاح، ومتكلمو الأصوليين بالمناسب المرسل الملائم(٣).

ومثالها: المصلحة التي شرعت لأجلها اتخاذ السجون أو سك النقود، أو إبقاء الأراضي المفتوحة بأيدي أصحابها ووضع الخراج عليها، وما إلى ذلك.

---

(١) سورة النساء، من الآية [١١].

(٢) مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه، ص ١٧٤.

(٣) انظر: إرشاد الفحول، ص٤٠٥ والمستصفى ١/ ٢٨٩ والاعتصام ٢/ ١١١ والمحصول ٢/ ٢٣٩-٢٤٢.

فإذا وقعت واقعة -كأمثلتنا- لم يشرع لها الشارع حكمة ولم تتحقق فيها علة، اعتبرها الشارع لحكم من أحكامه، ووجد فيها أمر مناسب لتشريع حكم - أي أن تشريع الحكم فيها من شأنه أن يدفع ضرراً أو يحقق نفعاً - فهذا الأمر المناسب في هذه الواقعة يسمى المصلحة المرسلة، ووجه أنه مصلحة هو أن بناء الحكم عليه مظنة دفع ضرر أو جلب نفع، وإنما سميت مرسلة؛ لأن الشرع أطلقها فلم يقيدها باعتبار ولا إلغاء[1].

ومن أمثلة المصلحة المرسلة **حفظ القرآن بجمعه في المصحف**، فلا شك أن هذه مصلحة، لكنه لم يرد نص معين يدل على اعتبارها أو إلغائها، وهذه المصلحة تلائم تصرفات الشرع، فإن حفظ القرآن راجع إلى حفظ الشريعة، والأمر بحفظها معلوم.

ومن ذلك **حفظ الأموال بتضمين الصناع**، فلا شك أن هذه مصلحة لكنه لم يرد نص معين يدل على اعتبارها أو إلغائها، وهذه المصلحة تلائم تصرفات الشرع،فإن الأمر بحفظ الأموال في الشريعة معلوم.

قال الأستاذ عبد الوهاب خلاف في هذا القسم: «أما إذا حدثت واقعة لم يشرع الشارع حكما لها، ولم تتحقق فيها علة اعتبرها الشارع لحكم من أحكامه ووجد فيها أمر مناسب لتشريع حكم، أي أن تشريع الحكم فيها من شأنه أن يدفع ضررا أو يحقق نفعا، فهذا الأمر المناسب في هذه الواقعة يسمى المصلحة المرسلة» [2]

وإنما سمي هذا النوع مصلحة مرسلة؛ لأن بناء الحكم عليه مظنة جلب نفع أو دفع ضرر مما هو مقصود للشارع، وهو مطلق، لا يوجد من الشارع دليل معين يدل على اعتباره أو إلغائه، وإن كان جنسه قد اعتبره بدليل غير معين.

---

(١) انظر: إرشاد الفحول، ص٤٠٥ والمستصفى ١/ ٢٨٩ والاعتصام ٢/ ١١١ والمحصول ٢/ ٢٣٩-٢٤٢.

(٢) مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه: ص ٨٨.

قال الأستاذ عبد الوهاب خلاف: «أما وجه أنه مصلحة؛ فلأن بناء الحكم عليه مظنة دفع ضرر أو جلب نفع، وأما وجه أنه مصلحة مرسلة أي مطلقة فلأنه لا يوجد من الشارع ما يدل على اعتبارها أو إلغائها» [١].

وقال – أيضاً-: «فمتى ثبت باليقين أو الظن الراجح أن تحقيق أمر ضروري للناس أو حاجي أو تحسيني يقتضي تشريع حكم من الأحكام، ساغ تشريعه وكان الحكم شرعياً، لأنه بني على أساس مصلحة اعتبرها الشارع في الجملة ولم يقم منه دليل على إلغائها، فهي عند التحقيق ليست مصلحة مرسلة، وإنما هي مصلحة معتبرة من الشارع، لكن جملة لا تفصيلاً، وتسميتها مصلحة مرسلة لأنها لم تعتبر بشخصها، لا لأنها لم تعتبر أصلاً» [٢].

وهذا القسم الثالث على وجهين:

الأول:أن يرد النص وفق ذلك المعنى، كتعليل منع القتل للميراث، بالمعاملة بنقيض المقصود تقديراً إن لم يرد نص على وفقه، فإن هذه العلة لا عهد بها في تصرفات الشرع بالفرض فلا يلائمها بحيث يوجد لها جنس معتبر، فلا يصح التعليل بها ولا بناء الحكم عليها باتفاق، ومثل هذا تشريع من القائل فلا يمكن قبوله.

الثاني: أن يلائم تصرفات الشرع، وهو أن يوجد لذلك المعنى جنس اعتبره الشارع في الجملة بغير دليل معين، وهو الاستدلال المرسل المسمى بالمصالح المرسلة[٣].

هذا ما قاله الشاطبي في المعنى المناسب، وإذا ما قارنا بين مسلك الإمام الغزالي والشاطبي لا نجد فرقاً بينهما في تقسيم المناسب إلاَّ من حيث الشكل، وذلك لأن الغزالي قسّم المناسب إلى أربعة أقسام من أول الأمر، ولكن الشاطبي قسمه إلى ثلاثة أقسام، ثم

---

(١) مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه: ص٨٨.

(٢) المرجع السابق: ص ١٧٥.

(٣) الاعتصام ٢/ ١١٧-١١٥.

قسم الثالث إلى قسمين، فالنتيجة واحدة من حيث الحقيقة، والملاحظ أن الشاطبي تأثر بالغزالي، فهما يتفقان في تقسيم الوصف المناسب، وبالتالي في تقسيم المصلحة، ويتفقان في أن المصلحة المجردة عن الاعتبار بأي نوع من الاعتبار دليل شرعي، وفي السكوت عنه يشمل الوصف المناسب، والمناسب المرسل.

فالمصلحة عندهما إما أن تكون معتبرة بنص أو إجماع، أو مخالفة لمقتضى ذلك أو مسكوتاً عنها.

فالأولى مقبولة بالاتفاق، والثانية مردودة بالاتفاق، والمسكوت عنها، إما أن يكون لها نظير الجزئيات يقاس عليه أولا، فإن كان لها نظير فهو القياس، وإن لم يكن لها نظير جزئي، بل كان داخلاً في عموميات الشرع وكلياته وتصرفاته فهو المصالح المرسلة، أو الاستدلال المرسل، وتقسيم المصلحة المرسلة إلى معتبرة شرعاً، وملغاة، ومرسلة، هو ما ذهب إليه معظم علماء الأصول(١).

المطلب الثاني
التقسيم باعتبار قوتها في ذاتها

لقد قسم علماء الأصول المصالح بهذا الاعتبار إلى ضرورية وحاجية، وتحسينية؛ لأن مقصود الشارع من تشريع الأحكام إما أن يكون من قبيل المقاصد الضرورية أو ليس من قبيل المقاصد الضرورية، فإن كان من المقاصد الضرورية فإما أن يكون أصلاً أو لا يكون أصلاً، وإن كان أصلاً فهو الراجع إلى المقاصد الخمسة التي لابدَّ منها فى قيام مصالح الدين والدنيا بحيث إذا فقدت لا تستقيم أمور الحياة بل تموت الحياة ويفوت النعيم الأبدي الأخروي.

---

(١) المستصفى ١/ ٢٨٤، وانظر: جمع الجوامع وشراحه وخاصة المحلى ٢/ ٣٢٦-٣٢٧ وروضة الناظر ١/ ٤١٢-٤١٣، و تعليل الأحكام لمحمد مصطفي شلبي: ص٢٨١.

وأحصى العلماء هذه الضروريات في حفظ النفس والدين والعقل والنسل والمال، وزاد بعضهم العرض، فإن حفظ هذه المقاصد الخمسة من الضروريات، وهي أعلى مراتب المناسبات، والحصر في هذه الخمسة أنواع إنما كان نظراً إلى الواقع، والعلم بانتفاء مقصد ضروري خارج عنها في العادة، فلو اختل واحد من هذه الأمور لاختلت من أجله الحياة، فإذا فقد المال ما عاش إنسان ولا كانت حياة، ولو فقد النسل لبقيت الدنيا إلى أجل محدود حتى ينتهي الجيل الذي عليها، ولو اختل العقل لاختلت الدنيا وكانت دنيا حيوان أعجم لا دنيا إنسان مفكر، ولو اختلت النفس وأهدرت لما هدأت الحياة ولا بقيت، ولو ذهب الدين لعادت فوضى الجاهلية وعاش الناس في قلق واضطراب، من أجل ذلك جعل العلماء هذا القسم مما تدعو ضرورة الحياة إلى حفظه[1].

وإن لم يكن أصلاً فهو التابع المكمل للمقصد الضروري، وهذا إما أن يكون من قبيل ما تدعو إليه حاجة الناس أولاً، وإن كان مما تدعو إليه حاجة الناس فإما أن يكون أصلاً فهو في المرتبة الثانية الراجعة إلى حفظ الحاجات الزائدة على الضروريات، وإن لم يكن من قبيل الحاجات الزائدة وهو ما يقع موقع التحسين والتزيين ورعاية أحسن المناهج في العبادات والعادات وهذا في المرتبة الثالثة[2].

والدليل على حصر المصالح في هذه الأقسام الثلاثة - ضرورية حاجية تحسينية - الاستقراء؛ لأن العلماء بحثوا في النصوص الجزئية والكلية والعمومات والمطلقات والمقيدات في جميع أبواب الفقه، فوجدوها كلها دائرة على حفظ الأمور الثلاثة، والأمر في هذا التقسيم اجتهادي، وهو محدث بعد عصر الصحابة والتابعين والأئمة[3].

---

(١) انظر: الإحكام للآمدي ٣/ ٧١، وتعليل الأحكام ٢٨٢.

(٢) انظر: الإحكام للآمدي ٣/ ٧١-٧٢ وتعليل الأحكام لمحمد شلبي: ص٢٨٢.

(٣) تعليل الأحكام: ص٢٨٤-٢٨٥.

وعلى هذا نرى أن علماء الفقه الإسلامي قسموا الأعمال والتصرفات التي تعد من المصالح بالنظر الشرعي وبحسب دلائل نصوص الشريعة وأحكامها إلى ثلاثة أقسام[1]:

الأول: الضروريات:

وهي التي تتوقف عليها حياة الناس الدينية والدنيوية بحيث إذا فقدت اختلت الحياة في الدنيا، وضاع النعيم وحل العقاب في الآخرة، وهي خمس: حفظ الدين، والنفس، والعقل، والنسل، والمال.

مثال حفظ الدين: قضاء الشارع بقتل الكافر المضل، وعقوبة المبتدع الداعي إلى بدعته، فإن هذا يفوت على الخلق دينهم.

ومثال حفظ النفس: قضاء الشرع بإيجاب القصاص.

ومثال حفظ العقل: إيجاب حد الشرب، إذْ به حفظ العقول التي هي ملاك التكليف.

ومثال حفظ النسل: إيجاب حد الزنا، إذْ به حفظ النسل والأنساب.

ومثال حفظ المال: إيجاب زجر الغاصب والسارق، إذْ به يحصل حفظ الأموال التي هي معاش الخلق وهم مضطرون إليها.

الثاني: الحاجيات:

وهي التي يحتاج إليها الناس لرفع المشقة ودفع الحرج والضيق عنهم، وإذا فقدت لا تختل بفقدها حياتهم بل يصيبهم حرج ومشقة لا يبلغان مبلغ الفساد المتوقع في فقد الضروريات، ومن أجلها شرعت المعاملات من بيع وشراء وإجارة واستئجار، وشرعت الرخصة المخففة كقصر الصلاة والفطر في رمضان لذوي الأعذار المذكورة في نصوص القرآن الكريم.

---

(١) انظر: الموافقات للشاطبي ٢/ ٣-٥، والمستصفى للغزالي ١/ ٤١٦-٤١٧، والإحكام للآمدي ٣/ ٦٩-٧٢، وحجية المصالح المرسلة في استنباط الأحكام الشرعية للدكتور أحمد فراج حسين: ص٩-١٩، ومذكرة أصول الفقه على روضة الناظر للإمام الشنقيطي: ص١٦٩-١٧٠.

الثالث: التحسينات:

وهي التي لا تتوقف الحياة بتركها ولكن مراعاتها من مكارم الأخلاق أو من محاسن العادات، فهي من قبيل استكمال ما يليق، والتنزه عما لا يليق، كآداب الكلام والطعام والشراب، وكالاعتدال في المظاهر، والاقتصاد في المصاريف دون إسراف ولا تقتير ونحو ذلك.

ولا يراعى حكم تحسيني إذا كان في مراعاته إخلال بما هو ضروري أو حاجي لأن الفرع لا يراعى إذا كان في مراعاته والمحافظة عليه تفريط في الأصل، ولذلك أبيح شرعاً كشف العورة لأجل تشخيص داء أو إجراء عملية؛ لأن سترة العورة من الأمور التحسينية، أما العلاج فمن الضروريات؛ لأن به صيانة النفس أو العقل أو النسل(١).

ولكل من هذه الأنواع الثلاثة مكملات:

ففي الضروريات: لما شرعت الصلاة لحفظ الدين شرع مكملاً لذلك إعلان الصلاة وإقامتها جماعة.

ولمّا شرع القصاص لحفظ النفس شرعت المماثلة مكملة لذلك، حرصاً على بلوغ المقصود من غير إثارة للعداوة، ولما شرع الزواج وحرم الزنا محافظة على النسل، شرع مكملا لذلك اعتبار الكفاءة بين الزوجين؛ لأنه أدعى على حسن العشرة، وحُرِّمت الخلوة بالأجنبية سداً للذريعة.

وفي الحاجيات: - لمّا أبيح قصر الصلاة للسفر - كمل ذلك بجواز الجمع بين الصلاتين، ولما أبيح تزويج الصغير والصغيرة كمل ذلك باشتراط الكفاءة ومهر المثل، ولمّا أبيح البيع كمل ذلك لمشروعية الشهادة عليه، وهكذا.

---

(١) انظر: أصول الفقه للشيخ عبد الوهاب خلاف: ص ١٦٣، والمدخل إلى علم أصول الفقه للأستاذ معروف الدوالبي: ص ٤١٦-٤١٧.

وفي **التحسينات**: لمّا وجبت الطهارة كمل ذلك بما ندب إليه فيها من المستحبات، ولمّا شرعت الأضحية كمل ذلك بالندب إلى اختيار الأضحية وهكذا.

ومن أمثلة التكميل: أن التحسينات في جملتها تعد مكملة للحاجيات والحاجيات تعد مكملة للضروريات، ولهذا «كانت الضروريات أصلاً للمقاصد الشرعية كلها»[١].

هذه الأنواع الثلاثة من المصالح: هي نقطة انطلاق مبدأ المصالح المرسلة، فإن من القضايا التي صارت في حيز البدهيات أن الشارع راعى مصالح الناس في تشريع الأحكام الدنيوية تفضلاً منه وإحساناً، لا حتماً وإلزاماً كما يقول المعتزلة، لهذا قال كثير من العلماء بالمصلحة المرسلة، ووافقهم الشافعية ومنهم الغزالي في المصالح الضرورية. وأما المصالح الحاجية والتحسينية فلم يجيزوا الحكم بمجردها إن لم تُعضد بشهادة أصل من الأصول الشرعية إلا أن يكون الحكم جاريا مجرى الضروريات، والضرورات تبيح المحظورات[٢].

المطلب الثالث
التقسيم باعتبار العموم والخصوص

يعدّ الإمام الغزالي أول من صرّح بهذا التقسيم حسب تعبير الدكتور حسين حامد حسان[٣]، وإن كان البعض قد أشار إليه عند الكلام في الترجيح بين المصالح المتعارضة.

وقد ذكر الغزالي هذا التقسيم في كتابه شفاء الغليل حيث قال: «وتنقسم المصلحة قسمة أخرى بالإضافة إلى مراتبها في الوضوح والخفاء: فمنها ما يتعلق بمصلحة عامة في حق الخلق كافة، ومنها ما يتعلق بمصلحة الأغلب، ومنها ما يتعلق بمصلحة لشخص معين في واقعة نادرة»[٤].

---

(١) المصلحة في التشريع الإسلامي، نجم الدين الطوفي: ص٥٥.

(٢) انظر: أصول الفقه الإسلامي، لوهبة الزحيلي ٢/ ٧٥٥-٧٥٦.

(٣) انظر: نظرية المصلحة المرسلة في الفقه الإسلامي: ص٣٣-٣٦.

(٤) شفاء الغليل: ص١٨٤.

والمصلحة باعتبار تعلقها بعموم الأمة أو جماعتها أو أفرادها تنقسم إلى: **كلية وجزئية**، ويراد **بالكلية**: ما كانت عائدة على عموم الأمة عوداً متماثلا، وما كانت عائدة على جماعة عظيمة من الأمة كأهل دولة مسلمة كبيرة، **وبالجزئية** ما عدا ذلك.

فالمصلحة الجزئية هي: مصلحة الفرد أو أفراد قلائل، وهي مراتب وأنواع، وقد تكفلت بحفظها أحكام الشريعة في المعاملات[١].

أما المصلحة العامة فهي لجميع الأمة، مثل حماية العقيدة، وحفظ الجماعة من التفرق، وحفظ الدين من الزوال، وحماية الأماكن المقدسة، مثل حرم مكة وحرم المدينة، وبيت المقدس من الوقوع في أيدي غير المسلمين، وحفظ القرآن من التلاشي العام، والتغيير بانقضاء حفاظه، وتلف مصاحفه معاً، وحفظ علم السنة، من دخول الموضوعات، ونحو ذلك مما صلاحه وفساده يتناول جميع الأمة، وكل فرد من أفرادها وبعض صور الضروري والحاجي مما يتعلق بجميع الأمة.

وأما المصلحة التي تعود على الجماعة العظيمة، فهي الضروريات، والحاجيات، والتحسينات المتعلقة بالأمصار والقبائل والأقطار على حسب مبلغ حاجتها، مثل: التشريعات القضائية لفصل النوازل والعهود المعقودة بين حكام المسلمين، وبين حكام الأمم المخالفة في تأمين تجار المسلمين بأقطار غيرهم إذا دخلوها للتجارة، وتأمين البحار التي تحت سلطة غير المسلمين، ليتمكن المسلمون من عبورها آمنين[٢].

بعد هذا يمكن القول: بأنه لا نزاع بين العلماء في أن ما ثبت اعتبارها بدليل شرعي، نصّ أو إجماع يعمل بها، سواء أكانت ضرورية، أم حاجية، أم تحسينية، بقيد عدم تغيرها، فإذا كانت من المصالح التي تتغير فهي من مواضع الخلاف.

---

(١) مقاصد الشريعة الإسلامية لابن عاشور: ص٨٩-٩٠.

(٢) المقاصد العامة للشريعة الإسلامية: ص١٧٢-١٧٣.

وأما ما لم يثبت فيها اعتبار ولا معارضة وهي المسماة بالمرسلة، فإن كانت في مرتبة الضرورة فقد قال العلماء فيها: إنه لا ينبغي أن يقع فيها خلاف، وبعضهم حكى الاتفاق عليها، قال الغزالي: «إذا فسرنا المصلحة بالمحافظة على مقصد الشارع فلا حاجة للخلاف في اتباعها، بل يجب القطع بكونها حجة، وإذا ذكرنا خلافاً فذلك تعارض مصلحتين ومقصودين..»[(١)].

ثم صرَّح – الغزالي – بأن المصلحة الحاجية لا تعتبر حجة إلا إذا عضدها أصل معين، أو بلغت الحاجة مبلغ الضرورة[(٢)]، وأما غير الضرورية منها فقد حكوا فيها خلافاً وقد تقدم ما فيه، وأما المعارضة لمقتضى دليل شرعي، ففيها وقع الخلاف في غير العبادات والمقدرات وما شابهها.

المطلب الرابع
شروط العمل بالمصالح المرسلة

لقد أخذ الكثير من الفقهاء بالمصالح المرسلة، وبنوا عليها بعض الفتاوى، والمشهور عند علماء الأصول أن المصالح المرسلة أصل من أصول المذهب المالكي وللمالكية القسط الأوفر في الأخذ بها.

أولاً: قال ابن دقيق العيد: «الذي لا شك فيه أن لمالك ترجيحاً على غيره من الفقهاء في هذا النوع – أي المرسل –... ولا يكاد يخلو غيرهما من اعتباره في الجملة، ولكن لهذين ترجيح في الاستعمال على غيرهما»[(٣)].

ثانياً: إن بناء التشريع على مطلق المصلحة فيه فتح لباب الهوى لذي الأهواء من الولاة والعظماء ورجال الإفتاء إذْ يمكنهم أن يقلبوا الأوضاع، ويجعلوا المفسدة

---

(١) المستصفى ١/ ١٧٩.

(٢) المستصفى ١/ ١٧٩. وانظر: كتاب التقرير والتحبير في علم الأصول الجامع بين اصطلاحي الحنفية والشافعية: لابن أمير الحاج ٣/ ٣٠٧.

(٣) انظر: إرشاد الفحول: ص٢٠٥.

مصلحة، والمصلحة مفسدة، والمصالح أمور تقديرية تختلف باختلاف الآراء والبينات، ففتح باب التشريع لمطلق المصلحة فتح لباب الشر.. والحق - الذي لا جدال فيه - أن بناء التشريع على المصلحة المرسلة أمر لا بدَّ منه - فالحق أحق أن يتبع، لأنه إذا لم يفتح هذا الباب وقفت الشريعة مكتوفة الأيدي أمام ما يحدث من الحوادث التي توصف الشريعة بالجمود وعدم مسايرة الأزمان والبيئات، والشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان.. ولا مكان للجمود فيها؛ لأنها شريعة تضع القواعد الكلية وتتركها لمسايرة العصور تحت أضواء القرآن الكريم والسنة.

شروط العمل بالمصلحة المرسلة:

من أجل الحفاظ على الشريعة الإسلامية وحتى لا يستغلها البعض استغلالاً سيئاً لمصالح شخصية. فيشرعون حسب ما يريدون مدعين أن تشريعهم مبني على المصلحة المرسلة، لذا فقد اشترط الفقهاء المعتبرون للمصلحة المرسلة شروطاً نذكر أهمها فيما يأتي:

١ - أن يتحقق من بناء التشريع على المصلحة المرسلة جلب مصلحة أو درء مفسدة وذلك مثل تسجيل العقود فإنه يقلل من شهادة الزور، وتسعير السلع في الأزمات الاقتصادية فإنه يكبح جماح الجشع، أما توهم التحقق لجلب منفعة أو دفع ضرر فهذا ما لا يصح أن نقول عنه إنه من المصالح المرسلة.

٢ - أن تكون المصلحة التي يشرع الحكم من أجلها كلية لا جزئية، فلابد أن تشمل أكبر عدد من الناس تجلب لهم النفع، وتدفع عنهم الضرر، فلا يصح تشريع حكم بناء على مصلحة خاصة بعظيم من العظماء، بقطع النظر عن بقية الأفراد.

وقد مثّل الغزالي لتلك المصلحة العامة الكلية بما إذا تترس الكفار بجماعة من المسلمين، بحيث إذا امتنع المسلمون عن قتالهم محافظة على حياة من تترسوا بهم من

المسلمين، غلب الكفار واستأصلوا المسلمين عامة، وإذا قتلوا من تترسوا بهم من المسلمين، اندفعت هذه المضرة عن كافة المسلمين، فيباح قتل هؤلاء المسلمين الذين تترس بهم الكفار، تحقيقاً لمصلحة عامة المسلمين، بالتغلب على أعدائهم، ومنعهم من إبادتهم.

٣- أن تكون المصلحة "محققة" حقيقية؛ أي أن يثبت بالبحث وإمعان النظر والاستقراء أنها مصلحة حقيقية لا وهمية، أما إذا كانت من المصالح المتوهمة أو المظنونة، فلا يجوز العمل بها؛أي أن بناء الحكم عليها يجلب نفعا أو يدفع ضررا، وأن يكون النفع الذي يجلبه أكبر من الضرر، أما مجرد توهم أن التشريع يجلب نفعا من غير موازنة بين ما يجلبه من ضرر أو نفع، فهذا يعتبر بناء على مصلحة متوهمة.

ومثال ذلك: المصلحة التي تتوهم في سلب الزوج حق طلاق زوجته، وجعل الطلاق بيد القاضي في جميع الحالات، فإن الضرر الذي يترتب على ذلك يفوق المنفعة المترتبة على اعتبارها، وهو تجريد الرجل من القوامة، وسلب سلطاته التي لا بد منها لاستقامة الحياة الزوجية، وجعل الزواج قائماً على الإكراه القانوني لا على الرضا والمودة والرغبة المتبادلة بين الطرفين.

٤ - أن تكون المصلحة معقولة في ذاتها ملائمة لمقاصد الشارع، بأن تكون من جنس المصالح التي جاء بها وليست غريبة عنها، أي تكون فيما عقل، وفيما إذا عرض على أهل العقول تلقوها بالقبول[1]، وهي لذلك لا مجال لها في التعبدات، ولا تجري في الأمور الشرعية، فالأمور التعبدية الخالصة يقتصر فيها على ما ورد به النص، وكما لا يعتد فيها بالقياس، لا يصح العمل فيها بقاعدة المصالح المرسلة.

---

(١) الاعتصام للشاطبي ٢/ ٣١٦.

قال الشاطبي: «إن الشارع لم يكل شيئا من التعبدات إلى آراء العباد، فلم يبق إلا الوقوف عند ما حد، والزيادة عليه بدعة، كما أن النقصان منه بدعة»[١]، فإن كانت المصلحة غير معقولة فلا يصح اعتبارها وبناء الحكم عليها.

٥- أن لا يعارض التشريع الذي روعيت فيه المصلحة حكما أو مبدأ ثبت بالنص أو الإجماع، فلا يصح اعتبار المصلحة التي تقتضي مساواة الابن والبنت في الميراث لأن هذه مصلحة ملغاة لمعارضتها نصاً صريحاً من القرآن الكريم [٢].



(١) الاعتصام للشاطبي ٢/ ٣١٦.

(٢) انظر: أصول الفقه: عبد الوهاب خلاف: ص٨٧، بتصرف واختصار. وراجع ضوابط المصلحة للبوطي: ص١٠٧.

المبحث الثالث

موقف العلماء من المصالح المرسلة

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول

المصالح المرسلة في عهد النبوة

* استدل العلماء من سنة الرسول ﷺ بالعديد من الأحاديث الصحيحة ومنها قوله ﷺ: (**الإِيمَانُ بِضْعٌ وَسَبْعُونَ أَوْ بِضْعٌ وَسِتُّونَ شُعْبَةً، فَأَفْضَلُهَا قَوْلُ لا إِلَهَ إلاَّ اللهُ، وَأَدْنَاهَا إِمَاطَةُ الأَذَى عَنْ الطَّرِيقِ**)[1].

فقد حدد حديث الرسول ﷺ حقيقة الدين بين طرفين اثنين يبدأ أولهما بعقيدة التوحيد حيث يمتد الدين من هذه البداية منتهياً بأبسط شيء يعود على المجتمع بالمصلحة العامة وهو إماطة الأذى عن الطريق، أي ما يؤذي من حجر أو شوك فتكون جميع المصالح المختلفة الأنواع المتعددة الفوائد المتدرجة المراتب محصورة بين طرفيه.

* وقوله ﷺ: (**لا ضَرَرَ ولا ضِرَار**)[2]، فالضرر هو الإفساد اللاحق بالآخرين دون منفعة تعود على فاعل الضرر، وفسر الطوفي الضرر: بأنه إلحاق مفسدة بالغير مطلقاً، والضِرار: بأنه إلحاق مفسدة به على جهة المقابلة - أي كل منهما يقصد ضرر صاحبه، فالحديث نفى إلحاق المرء الضرر بغيره مطلقا[3].

---

(١) أخرجه الإمام مسلم في صحيحه، كتاب: الإيمان، باب: بيان عدد شعب الإيمان وأفضلها وأدناها، رقم ٥١.

(٢) سبق تخريجه، (ص٩١).

(٣) انظر: المصلحة في التشريع الإسلامي، د. مصطفى زيد: ص١٣٧، وكذلك انظر: تفسير القرطبي ٥/ ٤٨، وشرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك ٣/ ٢٣.

فهذه قاعدة عامة أغلق ﷺ - فيها منافذ الضرر والفساد أمام المسلمين سواء أكان في الضرر منفعة تعود على المضارين أم لم يكن فيه منفعة إلا في حالات الضرورة، فإن النفع بما جاء عن جميع أنواع الضرر.

وبذلك يكون الشارع قد نهى عن أن يضر بعضهم بعضا بادئين أو مجازين، وإذا نهى عن ضرر كان الأمر بضده وهو مراعاة المصالح بين الناس ثابتا بالمفهوم المخالف لأنهما نقيضان لا وسط بينهما.

* وقوله ﷺ للمغيرة بن شعبة[1] وقد خطب امرأة لم يرها، (**انظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما**)[2]، فأشار ﷺ في كلامه إلى المصلحة المترتبة على النظر في هذه الحالة، وهي إدامة المعاشرة والود في حياتهما الزوجية.

وقد نهى الرسول ﷺ في حديثه عن الجمع بين المرأة وعمتها، وبين المرأة وخالتها، ثم علل ذلك بمصلحة تعود على الناس وهي الإبقاء على صلة الرحم، والعمل على إبعاد

---

(١) هو: المغيرة بن شعبة بن مسعود بن معتب الأمير أبو عيسى الثقفي، صحابي مشهور، بل من كبار الصحابة، أسلم قبل الحديبية، وشهد اليرموك، وولي إمارة البصرة ثم الكوفة، مات سنة خمسين على الصحيح. انظر: سير أعلام النبلاء ٣/ ٢١، وتقريب التهذيب: ص٥٤٣.

(٢) أخرجه الترمذي في سننه، كتاب: النكاح، باب: ما جاء في المخطوبة، رقم١٠٠٧، والنسائي في سننه، كتاب: النكاح، باب: إباحة النظر قبل التزويج، رقم٣١٨٣، وابن ماجه في سننه، كتاب: النكاح، باب: النظر إلى المرأة إذا أراد أن يتزوجها، رقم١٨٥٥.

قال ابن حجر في التلخيص ٣/ ١٤٦ رقم ١٤٨٣: رواه النسائي والترمذي وابن ماجه والدارمي وابن حبان من حديث المغيرة، وذكره الدارقطني في العلل، وذكر الخلاف فيه، وأثبت سماع بكر ابن عبد الله المزني من المغيرة، قال الألباني في تصنيف سنن الترمذي: ص٢٥٧ رقم ١٠٨٧: «حديث صحيح».

ما شأنه قطعها، فقال: (فإنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم)[١].

فالزواج بهؤلاء المذكورات في الحديث فيه قطيعة للأرحام، والقرآن يأمر بصلة الأرحام، يقول ﷻ: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَٰبِ ٱللَّهِ﴾[٢].

المطلب الثاني
المصالح المرسلة في عهد الخلفاء الراشدين

وهناك أمثلة على ذلك[٣]:

١- حول مسألة دفن الرسول ﷺ حيث كانت التساؤلات: أيكون في بيته داخل المدينة دار الهجرة والدولة؟

أم يكون في القدس مثل أنبياء آخرين، وكان ذلك الغموض الحاصل لدى الصحابة راجعاً إلى عدم نصّ صريح يرفع الإشكال في هذا الموضوع.

٢- مسألة جمع القرآن الكريم في عهد أبي بكر الصديق حيث إنه ليس هناك نص خاص يدعو إلى جمعه، وقد تم تحقيق ذلك باجتهاد الصحابة الذين كان ضرورياً أن يقوموا بجمع القرآن والحفاظ عليه خشية ذهابه بذهاب أهله وحفاظه.

---

(١) الطبراني في المعجم الكبير، برقم ١١٩٣١، وقال ابن حجر في كتابه: الدراية في تخريج أحاديث الهداية: ٢/ ٥٦: «وزاد الطبراني من حديث ابن عباس: (فإنكم إذا فعلتم ذلك فقد قطعتم أرحامكم) وصححه ابن حبان، ولأبي داود في المراسيل عن عيسى بن طلحة نهى رسول الله ﷺ أن تنكح المرأة على قرابتها مخافة القطيعة»، وانظر كذلك: نيل الأوطار للشوكاني ٦/ ١٢٦.

(٢) سورة الأنفال، من الآية [٧٥].

(٣) المصلحة المرسلة: حقيقتها وضوابطها للدكتور نور الدين الخادمي: ص٦٣ "بتصرف".

ولكن هذا القول لا يعني مطلقاً أن حفظ القرآن الكريم لم يكن قد اندرج ضمن جنس عام شهد له بالاعتبار، إذْ يمثل هذا الجنس المشهود له بالاعتبار في حفظ الدين ورعاية مصادره وأركانه، وبالتالي حفظ الكتاب الكريم، وهو أهم مصدر وأعظم كتاب.

أيضاً فإن هذا الأمر يأتي ضمن تنفيذ الأمر الإلهي الداعي إلى حفظ القرآن ورعايته بصفة غير مباشرة قال ﷻ: ﴿إِنَّا نَحْنُ نَزَّلْنَا ٱلذِّكْرَ وَإِنَّا لَهُۥ لَحَـٰفِظُونَ﴾(١).

وحفظ الله تعالى لكتابه الكريم يحدث بأسباب عديدة؛ من بينها: تحرك المسلمين وعملهم المستمر لمراعاة الكتاب، وصيانته من الضياع والتلف والتبديل.

ولم يكن أحد من الخلفاء الراشدين يتوانى عن ترتيب الأحكام وفق المصالح خاصةً عندما اتسعت الدولة الإسلامية وظهرت مصالح لم تكن على عهد الرسول ﷺ، فكانوا ينظرون إلى ما كان له شبيه من الأحكام ويقيسون عليه وما لم يوجد له شبيه يتخذون الأحكام المحققة للمصالح ما لم تكن تعارض كتاباً أو سنة(٢).

وأدلة ذلك من السنة:

١- روى البخاري عن زيد بن ثابت حيث استحر القتل بقرّاء القرآن يوم اليمامة أن أبا بكر كلفه بجمع القرآن بناءً على اقتراح لعمر رضي الله عنه، وهذا لم يكن بناء على إجماع الصحابة وإنما عندما اقتنع أبو بكر رضي الله عنه برأي عمر أرسل إلى زيد بن ثابت وكلّفه بجمع القرآن على المصلحة حتى لا يذهب القرآن بذهاب حفاظه(٣).

---

(١) سورة الحجر، الآية [٩].

(٢) المصالح المرسلة واختلاف العلماء فيها: وجنات عبد الرحيم ميمني: ص١٦٩ "بتصرف".

(٣) سبق تخريج الحديث، انظر: نصّ الحديث بتفصيله وتخريجه (ص٩٣-٩٤) من هذا الكتاب.

٢- وروى البخاري عن أنس بن مالك رضي الله عنه[١] أن حذيفة بن اليمان [٢] قدم على عثمان وكان يغازي أهل الشام في فتح أرمينية[٣] وأذربيجان[٤] مع أهل العراق فأفزع حذيفة اختلافهم في القراءة فقال حذيفة لعثمان: (يا أمير المؤمنين أدرك هذه الأمة قبل أن يختلفوا في الكتاب اختلاف اليهود والنصارى)، فأرسل عثمان إلى حفصة أن أرسلي إلينا بالصحف ننسخها في المصاحف ثم نردها إليك فأرسلت بها حفصة إلى عثمان فأمر زيد بن ثابت وعبد الله بن الزبير[٥] وسعيد بن العاص وعبد الرحمن بن الحارث بن هشام،

---

(١) هو أنس بن مالك بن النضر بن ضمضم أبو حمزة الأنصاري الخزرجي، خادم رسول الله ﷺ، أحد المكثرين من الرواية عنه، قدم النبي ﷺ المدينة وعمره عشر سنين ثم خدم النبي ﷺ مثلها، ودعا له النبي ﷺ، قيل أنه غزا مع النبي ثماني غزوات، وكان آخر الصحابة موتا بالبصرة سنة ٩٢ هـ وقيل غير ذلك، وكان عمره قريب المائة سنة. انظر: الإصابة ١/ ١٢٦، وشذرات الذهب ١/ ١٢٥، والطبقات الكبرى ٥/ ٣٢٥.

(٢) هو حذيفة بن اليمان الأزدي، بعثه النبي ﷺ مصدقا على الأزد، شهد أحد وجاء بخبر المشركين في الأحزاب وهو صاحب سر رسول الله ﷺ شهد فتح نهاوند وفتح همذان والري، خيره رسول الله ﷺ بين الهجرة والنصرة فاختار النصرة توفى ٣٦ هـ. انظر: الإصابة ٢/ ٤٥، وسير أعلام النبلاء ٢/ ٣٦١.

(٣) وهي صقع عظيم في جهة الشمال، ومن مدائنها تفليس. معجم البلدان (١/ ١٦٠).

(٤) أذربيجان: إقليم مشهورٌ بنواحي جبال العراق، غربي أرمينية، وحالياً هي جمهورية أذربيجان، وعاصمتها باكو، حيث استقلت عن الإتحاد السوفيتي، ومساحتها=٨٦٦٠٠كم مربع، وبها ٨٧٪ من السكان مسلمين، انظر: معجم البلدان ١/ ١٥٥-١٥٦، والقاموس الإسلامي- شركة حرف لتقنية المعلومات، الإصدار الأول.

(٥) هو: عبد الله بن الزبير بن العوام بن خويلد القرشي الأسدي، أمه أسماء بنت أبى بكر، ولد عام الهجرة، وحفظ عن النبي ﷺ وهو صغير، وحدث عنه وعن أبى بكر وعمر وعثمان وعائشة، وهو أحد العبادلة وأحد شجعان الصحابة، بويع له بالخلافة سنة ٦٤ هـ، ولم يتخلف عنه إلا بعض أهل الشام، وفي خلافة عبد الملك بن مروان خرج الحجاج إلى ابن الزبير فقاتله حتى قتل سنة ٧٣ هـ. انظر: الإصابة ٤/ ٨٩، وشذرات الذهب١/ ٧٩، والطبقات الكبرى ٦/ ٤٧٣.

فنسخوها في المصاحف، وقال عثمان للرهط القرشيين الثلاثة: إذا اختلفتم أنتم وزيد بن ثابت في شيء من القرآن فاكتبوه بلسان قريش فإنما نزل بلسانهم، ففعلوا حتى إذا نسخوا الصحف في المصاحف رد عثمان الصحف إلى حفصة، وأرسل إلى كل أفقٍ بمصحف مما نسخوا، وأمر بما سواه من القرآن في كل صحيفة أو مصحف أن يحرق[1] وفي رواية: وأرسل إلى كل جند من أجناد المسلمين بمصحف وأمرهم أن يحرقوا كل مصحف يخالف المصحف الذي أرسل به وذلك زمان أحرقت المصاحف...[2]، وفي لفظ: أن يمحى أو يحرق..[3]، قال الزهري: فاختلفوا يومئذٍ في التابوت والتابوه فقال القرشيون التابوت، وقال زيد: التابوه فرفع اختلافهم إلى عثمان فقال اكتبوه التابوت فإنه نزل بلسان قريش[4]، وهنا لم يقع إجماع إنما شرع الحكم للمصلحة وحدها.

٣- مسألة تولية عمر بن الخطاب رضي الله عنه الخلافة عقب وفاة أبي بكر الصديق رضي الله عنه

وبإشعار من الصديق أبي بكر رغم عدم وجود نص باعتبار هذه التولية أو إلغائها،ولكن اقتضت مصلحة المسلمين وقتئذ أن ينيب أبو بكر بمن هو كفء قادر مثل عمر بن الخطاب للحفاظ على الإسلام.

وعندما عهد أبو بكر رضي الله عنه إلى عمر بن الخطاب بالخلافة من بعده وذلك خشية اختلاف المسلمين كما حصل بعد وفاته صلى الله عليه وسلم فأراد أن يجمع شتات المسلمين ويوحّد كلمتهم؛ حتى لا

---

(١) صحيح البخاري ٤/ ١٩٠٨، كتاب: فضائل القرآن، باب: نزل القرآن بلسان قريش والعرب، (قرآنا عربيا بلسان عربي مبين). رقم ٤٧٠٢.

(٢) سنن البيهقي الكبرى ٢/ ٤١. رقم ٢٢٠٣.

(٣) مسند أبي يعلى ١/ ٩٢.

(٤) سنن الترمذي ٥/ ٢٨٤.

يطمع فيهم عدو، وحماية لشوكتهم، وهذا داخل في مقاصد الشارع ولم يرد به نص معين وقال أبو جعفر وقال الواقدي حدثني إبراهيم بن أبي النضر عن محمد بن إبراهيم الحارث قال: دعا أبو بكر عثمان خالياً فقال له: اكتب بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما عهد أبو بكر بن أبي قحافة إلى المسلمين، أما بعد، قال: ثم أغمي عليه، فذهب عنه فكتب عثمان أما بعد فإني قد استخلفت عليكم عمر بن الخطاب ولم آلكم خيرا، ثم أفاق أبو بكر فقال اقرأ علي فقرأ عليه فكبّر أبو بكر وقال أراك خفت أن يختلف الناس إن أفلتت نفسي في غشيتي؟ قال: نعم، قال: جزاك الله خيراً عن الإسلام وأهله. وأقرّها أبو بكر رضي الله عنه من هذا الموضع[1].

لكن عمر نفسه لم يشأ أن يستخلف أحداً على المسلمين مع أنه وافق أبا بكر عندما استخلف عليهم إذْ كان أمر المسلمين قد استقرَّ في آخر عهده فأصبحت المصلحة في أن يختاروا هم بأنفسهم خليفة فيهم. وهكذا تصرف كل من الخليفتين واستخلاف عمر رضي الله عنه من أهل الشورى ومن العشرة المبشرين بالجنة تعتبر هذه مصلحة أيضاً، فهما قد تصرفا بما استوجبت رعاية المصلحة على عهده في أمر من أخطر أمور المسلمين، بل لعله أخطرهم جميعاً ولم يرجع أحدهم في هذا الحكم إلى إجماع أو قياس فقد اكتفيا بأن المصلحة تتطلب ما اتخذه كل منهما من إجراء على بعد المسافة وانفساحها بين الإجرائين[2].

٤ - ما أفتى به عمر رضي الله عنه من قتل الجماعة بالواحد بقوله: (لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعاً)[3] مستنداً في ذلك إلى أن القتيل معصوم - قتل عمداً وقد أضيف جرم

---

(١) انظر: تاريخ الأمم والملوك: للطبري ٤/ ٥٣.

(٢) المصلحة في التشريع الإسلامي، مصطفى زيد: ص ٣١.

(٣) موطأ مالك ٢/ ٨٧١، والأم للشافعي ٦/ ٢٢، والكافي في فقه ابن حنبل ٤/ ٩، وانظر تفصيل هذه المسألة في كتاب: منهج عمر بن الخطاب في التشريع لأستاذنا الدكتور المرحوم محمد بلتاجي حسن: ص٢٤٤.

القتل المتعمد إلى مجموع الأشخاص فلو لم يقتص منهم لكان ذلك إهداراً لدم بريء وتعطيلاً لحكم القصاص الثابت بالكتاب وفتحاً لباب الجنايات دون تعرض للعقوبة الرادعة عنها، وهذا ليس مخالفاً للآية في أن النفس بالنفس، وإنما معنى الآية: أن النفس تقتل بالنفس، والحر يقتل بقتله الحر، والقتل: إنما هو الفعل الذي يؤدي إلى إزهاق الروح، ومما لا ريب فيه أن كل فرد من الجماعة التي اشتركت في قتل الواحد قام بالفعل المزهق للروح لو لم يشاركه في فعله أحد، ولو لم يقتل الجماعة بالواحد لاتخذ المعتدون الاشتراك ذريعة إلى قتل أعدائهم؛ وبذلك تفوت النفس التي علم أن الشارع يقصد المحافظة عليها، وذلك بالأمر بكل ما يقيمها، وبالنهي عن كل ما يفوتها.

وبذلك تكون المصلحة في قتل الجماعة بالواحد مصلحة ملائمة لتصرفات الشارع وداخله تحت جنس شهدت له نصوصه، أو بعبارة أخرى مصلحة اعتبر الشارع جنسها لا بنص واحد، ولا بأصل معين ولكن بجموع من الأدلة وعدة نصوص تفوق الحصر وتدل بطريق القطع على وجوب مراعاة هذا المقصود، ومنع كل ما يفوته ويعود عليه بالبطلان(١).

ولم يكن لشرب الخمر على عهد رسول الله ﷺ حد معين اكتفاءً بالتعزيز، فلما كان عهد أبي بكر رضي الله عنه جعل للشرب حداً، رأى المصلحة في جعله أربعين جلدة، ولما كان عهد عمر رضي الله عنه وتتابع الناس زاد حد الشرب إلى ثمانين، بعد أن استشار الصحابة، فقال له علي رضي الله عنه: (من سكر هَذَى، ومن هَذَى افترى، فأرى عليه حد المفتري)، وقد كان الدافع إلى وضع حد لشارب الخمر، ثم إلى زيادته هو المصلحة لحادث جدّ بعد عهد الرسول ﷺ وهو إقبال بعض المسلمين على شرب الخمر وتتابعهم فيه(٢).

---

(١) نظرية المصلحة، حسين حامد: ص ٨٨.

(٢) انظر: الاعتصام ٢/ ٢٩١.

وقد اتسم عصر عمر رضي الله عنه بوجود طائفة كبيرة من نماذج الاستصلاح ومنها على سبيل المثال لا الحصر:

(أ) قتل الجماعة بالواحد في عهده رضي الله عنه لما رآه المسلمون من مصلحة حفظ الأنفس وردع المخالفين في ذلك(١).

لأن ترك الاقتصاص من الجماعة التي اشتركت في قتل واحد كان سوف يفتح الباب للتهاون والاستخفاف بأرواح الناس فضلاً عما سيترتب على مثل هذا الأمر من حدوث للفوضى والاضطرابات والفتنة والانتقام، ومن عدم إنصاف أهل المقتول بإزالة الوحشة والضيق الذين نزلا بهم، والذي اعتبره الله حياة بقوله سبحانه: ﴿وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ يَٰٓأُوْلِي ٱلْأَلْبَٰبِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾(٢).

(ب) اتخاذ عمر بن الخطاب رضي الله عنه **للسجون كوسيلة تعزيرية تأديبية** فرضتها الظروف أحياناً، وكان الهدف من ذلك هو ردع المخالفين ومنع فسادهم ومواجهة فتنهم، وهذا لا يتحقق إلا باشتراط عدم ظلم هؤلاء المساجين، وشريطة التقدير المشروع لمن يستحق السجن حتى لا ينفتح الباب لانتهاك حقوق الناس(٣).

(جـ) مسألة وضع الخراج وتدوين الدواوين(٤) والتي استفادها عمر بن الخطاب رضي الله عنه من فنون وحضارة الآخرين الذين سبقوه بابتكارهم هذه الصنائع التي رأى أن في القيام بها إصلاحاً للدولة وأفرادها وأحد السبل لتقدم دولة المسلمين.

---

(١) انظر: إعلام الموقعين ٣/ ١٢٥، والاعتصام ٢/ ٣٠٣، وبداية المجتهد ٢/ ٣٣٤.

(٢) سورة البقرة، الآية [١٧٩].

(٣) انظر: أحكام القرآن للجصاص ٣/ ٢٩٨.

(٤) انظر: الطبقات الكبرى لابن سعد ٣/ ٢٠٢.

(د) مسألة قيام عمر بن الخطاب بمنع الصحابة من مغادرة المدينة، بقصد إعانتهم له أثناء اتخاذ القرارات السياسية وغيرها بما يشيرونه عليه بعلمهم وخبرتهم بما يعود بالنفع على دولة المسلمين.

(هـ) قيام عمر بن الخطاب ﷺ بمنع الولاة من خلط أموالهم الخاصة بالأموال العامة وذلك حفظاً لمتاع المسلمين من الضياع والتلف.

(ز) إراقة اللبن المغشوش تأديباً للغشاش وحفظاً لحقوق المشترين.

(ح) تولية المفضول مع وجود الفاضل إذا كانت المصلحة مقتضية ذلك.

(ط) قيام عمر بن الخطاب بمنع الصحابة من التزوج بالكتابيات، قائلاً في هذا الأمر: (إني لا أحرمه ولكن أخشى الإعراض عن الزواج بالمسلمات)[1]، إذ اعتبر رضي الله عنه أن الأولوية في الزواج هو اختيار الزوجة المسلمة لتحقيق عفة المجتمع الإسلامي فضلاً عن سلامة اعتقاده وآدابه.

(ي) إمضاؤه للطلاق الثلاث بلفظ واحد طلاقا ثلاثاً تأديباً للناس المتعجلين في أمر كانت لهم فيه أناة، مع أنه حكم في صدر خلافته بما كان يجري زمن النبوة وزمن أبى بكر بإمضاء الثلاث بلفظ واحد طلاقاً واحداً فقط[2].

تعليق على هذه الأمثلة:

قد يتبادر إلى الذهن اعتبار ما سبق ذكره من أمثلة يعود إلى مبادئ ومعطيات أصولية عرفت أحكامها ومتعلقاتها في غير مبدأ الاستصلاح المرسل، أو أنها تميل إلى هذه المبادئ والقواعد أكثر من ميلها إلى مبدأ الاسترسال، ومن هذه المبادئ والمعطيات الأصولية التي

---

(١) راجع هذه المسألة بتفصيل في كتاب: منهج عمر بن الخطاب في التشريع: ص٢٥٩-٢٦٣.

(٢) انظر: إعلام الموقعين ٣/ ٣٦.

قد نسحب عليها الأمثلة المذكورة سلفاً مبدأ "**تقييد المباح**" وكذلك مبدأ "**سد الذرائع**" ومبدأ "**اتخاذ التعازير**"، فلو تحدثنا عن الأمثلة التي عمل فيها سيدنا عمر رضي الله عنه بمبدأ سد الذرائع ما يتعلق بإهدار اللبن المغشوش سداً لذريعة الغبن والضرر بالناس، وبمنع الزواج بالكتابيات سداً لذريعة الفتنة والتجسس.

أيضاً من الأمثلة التي عمل فيها بمبدأ "**اتخاذ التعازير**" اتخاذ السجن وتسليط عقوبات غير مضبوطة في التشريع.

ومن الأمثلة التي عمل فيها بمبدأ "**تقييد المباح**" أو الحد من الحريات العامة حسب الاصطلاح السياسي الحديث، ما يتعلق بمنع الصحابة من مغادرة المدينة ومنع المسلمين من أكل اللحوم في يومين متتاليين، وما إلى ذلك من الأمثلة التي تجسد فيها العمل بتقييد المباحات وحصر بعض وجوهه، ولعل الإشكال في هذا السياق هو أن هذه الأمثلة وإن كانت خاضعة لهذه المبادئ والمعطيات الأصولية غير مبدأ الاسترسال حسب زعم القائلين بهذا فلماذا إذن نسلط عليها مبدأ المصلحة المرسلة والاستطلاح المرسل؟ وبالتالي نقول إنها محدودة أو منعدمة الشهادة الشرعية اعتباراً أو إلغاء.

ونحن نعلم أن مبدأ **تقييد المباح** يختلف عن مبدأ **الاسترسال** من ناحية الشهادة الشرعية إذ المباح مشهود له بالاعتبار من خلال تعدد وجوهه وصوره، أما الثابت بالاسترسال فليس له شهادة شرعية مباشرة بالاعتبار أو بالإلغاء، ومعلوم أن دور المجتهد في عملية تقييد المباح هو حصر وجه من وجوهه الميسورة بمقتضى مبدأ انسحاب جميع الأحكام الشرعية على المباح.

والأثر العملي المترتب على هذا الإشكال هو أنه إذا كان هناك قضية جديدة يمكن أن ندرجها في البحث عن حكمها الشرعي ضمن مبدأين: **مبدأ الاستصلاح المرسل ومبدأ تقييد المباح**، فلماذا لا ندرجها ضمن تقييد المباح فقط؛ لقوته الشرعية ولشهادة الشارع لجميع

وجوهه وصوره، ومن ثم يكون الخلاف أقل والارتياح فيه أكثر ذلك الاستناد إلى تقييد المباح، ولئن كان فيه صرف للحكم من وجه لآخر فإن تقييده بالحكم الشرعي بمختلف وجوهه وصوره عكس الاستناد إلى مبدأ الاسترسال الخالي من الشهادة الشرعية.

إذن هذا بعض الإشكال الذي طرحه بعض الذين لم يعملوا أو الذين لم يتيقنوا بقيمة المصالح المرسلة سعياً لعدم الاطمئنان إليها كدليل تستفاد منه الأحكام.

ولتوضيح هذا الادعاء يمكن بيان بعض الملاحظات الأساسية المتعلقة بذلك:

* إن كلاً من تقييد المباح والاسترسال ثابت بالاجتهاد الشرعي المستوفي شروطه وضوابطه ومجالاته أي هو ثابت بالاجتهاد الذي بارك الله فيه ورغب في العمل به **«لا تجتمع أمتي على ضلالة»**[1].

* وما كان كذلك فهو آيل بإذن الله تعالى إلى الصلاح والرشاد، وإلى تحصيل الأجر والثواب ولو في حالة عدم إصابة الحق، والصحة **(من اجتهد وأصاب فله أجران ومن اجتهد ولم يصب فله أجر واحد)**[2].

---

(١) أخرجه الإمام أحمد في مسنده (٦/ ٣٩٦)، حديث أبي بصرة الغفاري رضي الله عنه، رقم٢٧٢٦٧. والحاكم في المستدرك على الصحيحين (١/ ٢٠٠)، والطبراني في المعجم الكبير (٢/ ٢٨٠)، رقم ٢١٧١. قال الألباني في تصنيف سنن الترمذي: ص٤٩٠، رقم٢١٦٦: (صحيح) «قال الترمذي: حديث ابن عباس: (يد الله مع الجماعة) هذا حديث حسن غريب لا نعرفه من حديث ابن عباس إلاَّ من هذا الوجه»، (تخريج إصلاح المساجد ٦١، ظلال الجنة ٨١٨٠، المشكاة ١٧٣، تحقيق بداية السول ٧/ ١٣٣).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: الاعتصام بالكتاب والسنة، باب: أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ، (٦/ ٢٦٧٦) برقم ٦٩١٩، ومسلم في صحيحه، كتاب: الأقضية، باب: بيان أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ، (٣/ ١٣٤٢) برقم١٧١٦.

* إن كلاً من تقييد المباح والاسترسال يشترك في انطواء كل واحد منهما على شهادة الشارع بوجه من الوجوه، فالمباح قد شهد له الشارع باعتبار وجوهه المختلفة بين الحلية والمنع والكراهية والوجوب والندب.

* أيضاً فإن المصالح المرسلة شهد الشارع باعتبار أجناسها البعيدة، دون اعتبار للأنواع والأعيان القريبة بالتنصيص والبيان.

وقد يكون تأطير المسائل المتعلقة بمبدأ الاسترسال ضمن أجناسها كتأطير مسائل تقييد المباح ضمن مختلف وجوهه وصوره.

* إن القول بكون الحكم الثابت عبر تقييد المباح أولى بالحكم الثابت عبر الاسترسال، قول فيه نظر وتحقيق، والأمر في هذه الحالات مختلف باختلاف الأحوال والأوضاع.

* فإذا تحدثنا عن عملية حفظ القرآن الكريم من أبي بكر، وهي العملية التي تثبت من خلال الاعتداد بمبدأ الاسترسال، وهي عملية أولى بالاهتمام وأعظم في الجدوى من عملية التفريق بين الأقارب في الجوار، والتي تثبت بمبدأ تقييد المباح، هذه مسألة على مستوى تقابل الاستصلاح مع تقييد المباح مع العلم أن الإشكال قد تم طرحه على مستوى مبدأ الاستصلاح وسد الذرائع كما هو واضح من خلال العديد من الأمثلة (تسجيل العقود - منع التزوج من الكتابيات).

* ومثلما تم طرح الإشكال على مستوى تقابل المباح والاسترسال، فإنه أيضاً تمَّ طرحه على مستوى المباح والاسترسال، وأيضاً تم طرحه على مستوى المباح وسد الذرائع، حيث عد بعضهم أن الاستناد إلى سد الذرائع أقرب وأهم إلى الصواب منه إلى الاستناد إلى الاسترسال، ولكن سد الذرائع ومبدأ الاسترسال يؤدي إلى تحقيق المصلحة المشروعة التي استوفت شروطها، وإن اختلفت التعبيرات والمصطلحات، هذا بالإضافة إلى كون

الاعتداد بالمصلحة المرسلة فيه سد لذريعة حصول غيرها من المصالح الملغاة وفيه فتح لذريعة حصول غيرها من المصالح المشروعة.

ولقد استمر العمل بالاستصلاح بعد سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه، **وهناك أمثلة عديدة على ذلك:**

* فقد قام سيدنا عثمان بن عفان رضي الله عنه بجمع المسلمين على مصحف واحد خوفاً من الاختلاف، ولا سيما عندما تم توزيع قرآء القرآن في الأمصار وعندما تعددت القراءات.

* توريثه للزوجة التي طلقها زوجها فراراً من الإرث. بقوله لعبد الرحمن بن عوف[١] عندما كانت زوجته على تطليقة فأبانها: (اعلم أنك إن مت قبل أن تنقضي عدتها ورثتها منك. فقال: يا أمير المؤمنين: إني والله ما طلقتها فراراً من كتاب الله. قال: اعلم أنك إن مت قبل أن تنقضي عدتها ورثتها منك)[٢].

* **أيضاً من الأمثلة:** ما فعله الصحابة من تدوين الدواوين وسك النقود[٣].

* ولقد كان همّ الخلفاء الراشدين منصرفاً إلى تحقيق المصالح المرسلة[٤].

وقد قال علي رضي الله عنه حيث يقرر تضمين الصناع: (ولا يصلح الناس إلاَّ ذاك)[٥]، وهنا نجده يكتفي بتقرير ما يصلح الناس، واعتبر أن هذا مشروع لا يحتاج إلى دليل، وقد أذن رسول الله صلى الله عليه وسلم لصحابته في الاجتهاد.

---

(١) هو: عبد الرحمن بن عوف بن عبد عوف بن عبد بن الحارث بن زهرة القرشي الزهري، أحد العشرة، أسلم قديماً ومناقبه شهيرة، شهد بدراً والمشاهد بعدها، مات سنة اثنتين وثلاثين وعمره ٧٠سنة. انظر: تقريب التهذيب: ص٣٤٨، والإصابة في تمييز الصحابة ٢/ ٤١.

(٢) المصنف لعبد الرزاق ٧/ ٦١-٦٢. وانظر: سنن البيهقي ٨/ ٩٧.

(٣) كتاب أدلة التشريع: للدكتور عبد العزيز الربيعة: ص٧٢.

(٤) المصالح المرسلة واختلاف العلماء فيها (مقال): وجنات عبد الرحيم: ص١٥، بتصرف.

(٥) الاعتصام ٢/ ٢٩٢.

المطلب الثالث
المصالح المرسلة في عهد التابعين

يبدأ عصر التابعين من القرن الثاني الهجري وينتهي عند أوائل عصر الأئمة، ويدخل فيهم تابعو التابعين، وفي هذا العصر تم الأخذ بالمصالح أكثر من العصر الماضي وذلك لجدة كثير من الأمور، ذكر ابن سعد(١) في طبقاته عدة أمثلة توضح ذلك:

المثال الأول:

وفيه جملة مما حكم به عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه في خلافته، وهي:

١- قيامه برد مظالم الناس التي حصل عليها منهم الولاة بأيسر الأدلة من دون أن يستعمل البيّنة القاطعة؛ وذلك حتى لا يؤخر المظالم على أهلها، لأن معظم الوقت سيضيع في الأدلة القاطعة دون أن يصل أكثر هؤلاء المظلومين إلى حقوقهم(٢).

٢- إنفاقه من بيت المال على إقامة الخانات في طريق خراسان ليأوي إليها المسافرون.

٣- منع تشييد المباني في منى توفيراً لراحة الحجيج، وهي ظاهرة لم يشهدها عصر النبي صلى الله عليه وسلم(٣)، ولم تختص بشاهد معين من كتاب أو سنة أو قياس.

المثال الثاني:

جمع الحديث ووضع أصول روايته، قال ابن عساكر(٤): «لما رأى العقلاء الفساد يدب

---

(١) هو: محمد بن سعد بن منيع المعروف بابن سعد والملقب بكاتب الواقدي، ولد سنة ١٦٨هـ، صاحب الطبقات، والتاريخ، روى عن سفيان بن عيينه وهشيم وغيرهما، قال أبو حازم: صدوق، قيل: إنه مكث ستين سنة يصوم يومًا ويفطر يومًا، توفي ببغداد ٢٣٠ هـ. انظر: تهذيب الكمال ٦/ ٣٢٠، وسير أعلام النبلاء ٩/ ٤٥٤، وشذرات الذهب ٢/ ٦٩.

(٢) الطبقات الكبرى لابن سعد ٥/ ٣٤٢.

(٣) المصدر السابق ٥/ ٣٦٤.

(٤) هو: علي بن الحسن بن هبة الله أبو القاسم ابن عساكر الدمشقي، مولده سنة (٤٩٩هـ) بدمشق، المؤرخ الحافظ الرحالة، كان محدّث الديار الشامية، له: "تاريخ دمشق الكبير" يعرف بتاريخ ابن عساكر، و"الأشراف على معرفة الأطراف" في الحديث، توفي في دمشق سنة (٥٧١هـ). انظر: الأعلام ٤/ ٢٧٣.

في علوم المعاد كما أسسه القدرية والخوارج وغيرهم خافوا أن يتدرج من العبث بالأعراض إلى العبث بالجواهر، فلم يروا بُداً من التدوين والتقيد والدلالة على مواضع الضعف والسخف، ليظهر السليم الذي لا شائبة فيه، فكان ابتداء التدوين في أواخر عصر التابعين، فأول من جمع في الآثار الربيع بن صبيح، وسعيد بن أبي عروة وغيرهما، وكانوا يضيفون كل باب على حدة، إلى أن قام كبار الطبقة الثالثة فدوّنوا الأحكام»[١].

وكل هذا لمصلحة حفظ السنة وحفظها من أي دخيل، وهو لم يرد له شاهد معيّن من كتاب أو سنة أو قياس وأي شأن، شأن جمع القرآن.

المثال الثالث:

هو ما ذكره السرخسي[٢] عن ابن أبي ليلى من أنه كان يرى في الشاهدين يشهدان في أمر فتختلف شهادتهما أنهما يعاقبان إلى جانب رد شهادتهما[٣].

وبنى ابن أبي ليلى اجتهاده هذا على **مصلحة درء الكذب على الشهادة**؛ ذلك أن اختلاف الشاهدين فيما يشهدان هو دليل قاطع على كذب أحدهما، وهذا اجتهاد ملائم لجملة أحكام الشارع واعتباراته، وإن لم يشهد له دليل خاص[٤].

---

(١) تاريخ ابن عساكر ٢/ ٧.

(٢) هو محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي أبو بكر فقيه، أصولي، مجتهد من أكابر علماء الحنفية. من تصانيفه: "شرح السير الكبير في جزأين"، و"المبسوط"، و"شرح الجامع الكبير للشيباني في فروع الحنفية"، أملى المبسوط من خاطره وهو في السجن، توفي سنة ٤٩٠هـ، وقيل: غير ذلك. معجم المؤلفين ٨/ ٢٦٧، والإعلام٥/ ٣١٥.

(٣) المبسوط للسرخسي ٣٠/ ١٥٣.

(٤) ضوابط المصلحة للبوطي: ص٣٦٣.

المثال الرابع:

ما ذكره السرخسي عن ابن أبي ليلى رحمه الله، من أنه كان يجيز شهادة الصبيان على بعضهم في تمزيق الثياب، وخلافه التي تكون بينهم في الملاعب ما لم يتفرقوا؛ لأن العدول من الناس نادراً ما يحضرون الملعب الذي يلعب فيه الصبيان أو يختلطون معهم(١)، فلو توقفت صحة الشهادة مع ذلك عليهم لما تمَّ حل مشاكلهم التي فيما بينهم، فأما إذا تفرقوا وعادوا إلى بيوتهم فإنه يرى أن لا تقبل شهادتهم في هذه الحالة نظراً لأنهم قد يُلقنون الكذب كما هي العادة في كثير من الأحيان، فهذا اجتهاد مبني على الاستصلاح الذي لا يعتمد إلا على تحرّي مقاصد الشارع؛ أي الملاءمة مع ما عهد من أحكامه.

فإن قيل: فهذا مما يخالف فيه ابن أبي ليلى النص، وهو قوله ﷻ: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾(٢)، وقوله: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾(٣) وهو ما جعل كثيراً من الأئمة لا يأخذ بما رآه ابن أبي ليلى.

والجواب على ذلك هو:

إن ابن أبي ليلى لم يأخذ بما ذهب إليه من أنه خصص ظاهر النص بالمصلحة التي رآها، بل من حيث إنه رأى أن كلمة ﴿رِّجَالِكُمْ﴾ إنما جاءت في معرض الاستشهاد على عقد أبرمَه الرجال، وهو عقد المداينة، ويقاس عليه ما يشبهه، فكان ما اختلف فيه الصبيان مما هو خاص بشؤونهم خارجاً عن معرض النص وما يقاس عليه.

أما ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ فليس فيه أكثر من اشتراط توفر صفة الرضا عنهم، ومرده إلى اجتهاد العلماء في جملة ما ينبغي أن يتوفر في الشهود من الصفات التي تورث

---

(١) المبسوط للسرخسي ٣٠/ ١٥٣.

(٢) سورة البقرة، من الآية [٢٨٢].

(٣) سورة البقرة، من الآية [٢٨٢].

الاطمئنان إلى صدقهم توخياً لمصلحة المتداعين أو المتعاقدين، وإنما يتوخى ابن أبي ليلى فيما ذهب إليه هذه المصلحة بعينها، دون أن يتعرض بذلك لمخالفة نص حسب ما فهمه من معنى الآية ودلالتها[١].

المثال الخامس:

ما روي -أيضاً- عن شريح وابن أبي ليلى -رحمهما الله- في إعارة الرجل للآخر أرضاً يبني فيها دون أن يوقت للإعارة وقتاً معيناً، ثم يبدو له أن يخرجه بعد أن بنى فيها، فقد روى الشافعي عنهما أنهما كانا يقولان بأن المعير ضامن لقيمة البنيان، والبناء للمعير، وقد ذهب الشافعي في ذلك، فقال بعد أن نقل قوليهما: «وإذا أعار الرجل بقعة من الأرض يبني فيها بناءً فبناه، لم يكن لصاحب البقعة أن يخرجه من بنائه حتى يعطيه قيمته قائماً يوم يخرجه»[٢].

وهذه المسألة نرى فيها مراعاة كل من المعير والمستعير طبقاً لقواعد الشرع ومقاصده العامة، لأن البناء يتبع الأرض في البيع فجاز أن يتبعها في التملّك. والله تعالى أعلم.

المطلب الرابع
المصالح المرسلة في المذاهب الفقهية الأربعة

سيتم دراسة المصالح المرسلة في المذاهب الفقهية الأربعة، -بإذن الله- من خلال الفروع التالية:

أولاً: المصلحة المرسلة في الفقه الحنفي.

ثانياً: المصلحة المرسلة في الفقه المالكي.

ثالثاً: المصلحة المرسلة في الفقه الشافعي.

رابعاً: المصلحة المرسلة في الفقه الحنبلي.

---

(١) ضوابط المصلحة للبوطي: ص٣٦٤.

(٢) الأم للإمام الشافعي ٧/ ١٢٧.

الفرع الأول: المصلحة المرسلة في الفقه الحنفي:

يشترط الحنفية في الوصف الذي يصلح أن يكون علة شرطين:

١- أن يكون مناسبا للحكم.

٢- أن يكون مؤثراً فيه. والتأثير هو:

١. قيام النص أو الإجماع، أن وصفا بعينه مناط لحكم بعينه، ومثال ذلك: **جعل الطواف مناطاً للطهارة**؛ وذلك لوجود المناسبة بين كثرة الطواف والطهارة، إذ الحكم بطهارة سؤر الحيوان الذي يكثر طوافه، وفي ذلك قوله عليه الصلاة والسلام: (**إنها من الطوافين عليكم والطوافات**)[1]، وهنا يقول الحنفية إنه قد ثبت بالنص اعتبار عين الوصف الطواف مناطاً لعين الحكم (الطهارة).

٢. أن وصفا من جنس هذا الوصف مناط لحكم من جنس هذا الحكم، ومثال ذلك: **جعل الخوف من سقوط الجدار المائل على المارة** أو على مال أكثر منه قيمة، حيث إن في الهدم إزالة ضرر، وإزالة الضرر مقصود شرعاً وليس هناك مناط لجواز هدم هذا الجدار، وليس هناك نص ولا إجماع أن هذا الوصف بعينه مناط لهذا الحكم بعينه، كما في حالة الطواف مع الطهارة، لكن الشارع اعتبر وصفاً مغايراً لهذا الوصف، لكنه من جنسه وذلك يظهر في منع الشارع من تلقي الركبان رفقاً بأهل الحضر ورفع الضرر عنهم، وهذا الضرر مغاير لضرر سقوط الجدار المائل على المارة ولكن يجمعها جنس الضرر، وهذه هي المصلحة المرسلة ومن

---

(١) رواه أبو داود في سننه، كتاب: الطهارة، باب: سؤر الهرة، (١/ ١٩) رقم ٧٥، وابن ماجه في سننه، كتاب: الطهارة وسننها، باب: الوضوء بسؤر الهرة والرخصة في ذلك، (١/ ١٣١) رقم٣٦٧، ومالك في الموطأ، كتاب: الطهارة، باب: الطهور والوضوء، (١/ ١٨) برقم ٤٢.

وأخرجه الترمذي في سننه ١/ ١٥٣ كتاب الطهارة، باب ما جاء في سؤر الهرة رقم ٩٢. وقال الترمذي: حديث حسن صحيح، وصححه البخاري، وابن خزيمة في الصحيح ١/ ٥٥ كتاب الطهارة(١) باب الرخصة في الوضوء بسؤر الهرة (٢) رقم ١٢١.

هنا يتضح أن المصلحة المرسلة حجة عند الأحناف لأنها الوصف الذي لم يثبت الحكم معه في أصل ما، ولم يثبت بنص ولا إجماع اعتبار عينه في عين الحكم، ولكن قام النص والإجماع على اعتبار وصف من جنسه في حكم من جنس الحكم الذي يوحيه، ويقول بهذا الكمال بن الهمام في قوله: «وما علم اعتبار أحدهما أي الجنس في الجنس وهو الملائم المرسل.. وهو المسمى بالمصالح المرسلة»[١]، وسنرى أنه يجب من الحنفية قبول القسم الأخير أي الملائم من المرسل فاتفاقهم في نفس الأولين مما علم إلغاؤه وهو الغريب المرسل.

أما صاحب مسلم الثبوت فإنه يقول بأن جمهور الحنفية يحتجون بملائم المرسل، ولكنه لا يطلق عليه عبارة المصلحة المرسلة، قاصراً لها على المرسل الغريب،أي المصلحة الغريبة، ناسباً القول بها إلى المالكية، وهذا قوله: «وإن علم فيه ذلك فهو المرسل الملائم قبل الإمام، ونقل عن الشافعي وعليها جمهور الحنفية.. فالمؤثر، وثلاثة من الملائم، وثلاثة من ملائم المرسل في عرف الشافعية، كلها مقبول ومؤثر عند الحنفية، دون الغريب من المرسل لعدم ظهور تأثيره شرعاً، ويختلف كُتَّاب الأصول الأحناف في تكييف الأخذ بملائم المرسل أو المصلحة المرسلة، فمنهم من يعتبره علة شرعية ثابتة بالرأي بأن يقال: إن الشارع قد اعتبر الضرورة في التخفيف، وهذه علة شرعية ثابتة بالرأي، فتقوم مقام النص على أن الضرورة أو المشقة توجب التخفيف»[٢].

يتفق هذا مع قول الشاطبي إن المعنى إذا استقرئ من نصوص الشريعة استطاع المجتهد أن يطبقه على الجزئيات كما يطبق العام المأخوذ من الصيغة دون حاجة إلى إجراء قياس أو غيره[٣].

---

(١) التقرير والتحبير لابن أمير الحاج ٣/ ١٥٠.

(٢) مسلم الثبوت: محب الله بن عبد الشكور ٢/ ٢٧.

(٣) الموافقات ٢/ ٥١.

وهناك فريق آخر من الحنفية يرى أن الاستدلال بما اعتبر جنسه في جنس الحكم قياس، وقالوا: إنه لا يشترط في القياس أن يتحد حكم الأصل وحكم الفرع والمساواة المطلوبة مساواة مطلقة أعم من المساواة النوعية أو الجنسية.

وهناك فريق يرى أن الاستدلال بملائم المرسل قيام كالفريق الأول، إلا أنه حذف منه الأصل لوضوحه، فلا يجوز أن ترسل الفتوى من دون إدراك أصلها[١].

بعض تطبيقات الحنفيةعلى المناسبة والإخالة:

هذه بعض الأمور الفقهية التي رويت عن الأمام أبي حنيفة وأصحابه التي قامت على رعاية المصلحة المرسلة؛ منها:

١- ما روي عن الإمام أبي حنيفة أنه قال: «لا بأس بالصدقات كلها على بني هاشم»، فقد رأى أن المصلحة بعد أن انقطع نصيبهم من الخمس وهو سهم ذوي القربى في أن يحل لهم أخذ الزكاة إبقاء على حياتهم، وقطعاً لهم من القيام، فهذه المصلحة «روعي فيها اعتبارها الجنس البعيد وحفظ النفس»[٢].

٢- ما روي عن الإمام أبي حنيفة من عدم قبول توبة الزنديق إذا تاب بعد القبض عليه، قال في الدر المختار: «إذا أخذ الساحر أو الزنديق المعروف الداعي قبل توبته، ثم تاب لم تقبل توبته ويقتل»[٣]، وعلق ابن عابدين[٤] على ذلك قائلاً: «وهو قياس أبي حنيفة وهو حسن جداً».

---

(١) انظر: مسلم الثبوت ٢/ ٢٧.

(٢) انظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق مع الحاشية ١/ ٣٠٣، الطبعة الأميرية ١٣١٥هـ.

(٣) الدر المختار ٤/ ٢٤٢.

(٤) هو: محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي(١١٩٨-١٢٥٢هـ)، فقيه الديار الشامية، وإمام الحنفية في عصره، مولده ووفاته في دمشق. له: "رد المحتار على الدر المختار" يعرف بحاشية ابن عابدين. انظر: معجم المطبوعات ١/ ١٥٠، والأعلام ٦/ ٤٢.

٣- أن الشارع قد حكم (في كل أربعين شاة شاة)[(١)]؛ وذلك لسد خلة المحتاج، وبناءً على هذا استنبطوا أنه يكفي دفع قيمة الشاة في أداء الواجب.

٤- أيضاً في كفارة الظهار قوله ﷻ: ﴿فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾[(٢)]، ولقد استنبط الأحناف أن ذلك لسد الحاجة، وقاسوا على ذلك سد الحاجة لمسكين واحد في ستين يوماً، قال صاحب مسلم الثبوت: «والحق أنه قياس الواحد في ستين من الأيام على ستين من المساكين، لظهور أن مناط الحكم دفع حاجة هذا المبلغ في الحاجات»[(٣)].

٥- وفي قوله ﷻ: ﴿وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَـٰمَىٰ وَٱلْمَسَـٰكِينِ﴾[(٤)]، والحنفية استنبطوا أنها لسد حاجات ذوي القربى، ومنعوا غير الفقير من ذوي القربى سهمه.

٦- كما حكم الأحناف بميراث زوجة الفار معاملة بنقيض مقصوده، وذلك وارد أصله في الشرع بحرمان القاتل من الميراث، ذكر ابن نجيم تحت عنوان "من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه" فقال: «ومن فرعها حرمان القاتل مورثه من الإرث، ومن فروعها لو طلقها ثلاثاً بلا رضاها قاصداً حرمانها من الإرث في مرض موته فإنها

---

(١) أخرجه الترمذي في سننه، كتاب: الزكاة عن رسول الله ﷺ باب: ما جاء في زكاة الإبل والغنم، (٣/ ١٧) رقم ٦٢١، وأبي داود في سننه، كتاب:الزكاة، باب: في زكاة السائمة، (٢/ ٩٨) رقم ١٥٦٨، وابن ماجه في سننه، كتاب: الزكاة، باب: صدقة الغنم، (١/ ٥٧٧) رقم ١٨٠٥، ومالك في الموطأ، كتاب: الزكاة، باب: ما جاء في صدقة البقر، (١/ ٢٦٠) رقم ٦٠٠.

(٢) سورة المجادلة، الآية [٤].

(٣) مسلم الثبوت: محب الله بن عبد الشكور ٢/ ٢٥.

(٤) سورة الأنفال، الآية [٤١].

ترثه»[١]، واستسحان أبو يوسف توريث زوج المرتدة منها إذا ارتدت في مرض موتها، والمصلحة فيه معاملتها بنقيض مقصودها[٢].

٧- روى أبو يوسف على الإمام: «وإذا أصاب المسلمون غنائم من متاع أو غنم فعجزوا عن حمله ذبحوا الغنم، وحرقوا المتاع، وحرقوا لحم الغنم، كراهية أن ينتفع بذلك أهل الشرك... وهي فتوى ملحوظ فيها رعاية مصلحة المسلمين، بدفع المفسدة التي تترتب على ترك هذه الغنائم في أيدي أعدائهم، يتقوون بها»[٣].

والخلاصة:

إن معظم العلل التي اعتمد عليها الأحناف استنبطوها من الأصول العامة للشريعة.

وعن تطبيقات الحنفية في المصالح المرسلة يقول الشيخ محمد أبو زهرة: «والاستحسان من غير نص أو قياس خفي أخذ بالمصلحة»[٤].

الفرع الثاني: المصالح المرسلة في الفقه المالكي:

والإمام مالك هو أول الآخذين بالمصالح المرسلة وحامل لوائها، فقد كان يأخذ بالقياس، وكلمة القياس عنده كانت تشتمل على القياس الاصطلاحي، قال الشاطبي: «أما قسم العادات الذي هو جار على المعنى المناسب الظاهر للعقول فإنه - الإمام مالك- استرسل فيه استرسال المدلّ العريق في فهم المعاني المصلحية، نعم مع مراعاة مقصود الشارع أن لا يخرج عنه ولا يناقض أصلاً من أصوله حتى لقد استشنع العلماء كثيراً من وجوه استرساله زاعمين

---

(١) الأشباه والنظائر: ابن نجيم: ص٨٠.

(٢) المصلحة في التشريع الإسلامي: مصطفي زيد: ص ٤٧

(٣) الرد على سير الأوزاعي: لأبي يوسف يعقوب الأنصاري: ص٨٣، والسير لمحمد الشيباني: ص١١٠.

(٤) الإمام مالك: للشيخ أبي زهرة: ص٣٣٨.

أنه خلع الربقة وفتح باب التشريع وهيهات، هيهات ما أبعده من ذلك رحمه الله بل هو الذي رضي لنفسه في فقهه بالاتباع بحيث يخيل لبعض أنه مُقلّد لمن قبله»[١].

أما الفتاوى التي بنيت على رعاية المصلحة في المذهب المالكي فهي كثيرة؛ منها على سبيل المثال لا الحصر:

١ - **تنصيب الأمثل من غير المجتهدين إماما**، إذا لم يوجد مجتهد؛ لأن ترك الناس دون إمام فوضى تبعث على الهرج والفساد، وليس في تنصيب مثله إماماً من فساد إلا فوت الاجتهاد، والتقليد كاف حينئذ.

٢ - **إجازة بيعة المفضول**، وهو الذي يوجد من هو أفضل منه بالخلافة؛ لأن بطلانها يؤدي إلى فساد واضطراب في الأمور، وإلى عدم إقامة مصالح الناس في الدنيا، وفوضى ساعة يرتكب فيها من المظالم ما لا يرتكب في ظلم سنين، وقد أثر عن مالك أنه قال في عدم عهد عمر بن عبد العزيز بالخلافة من بعده إلى رجل: «إنما كانت البيعة ليزيد بن عبدالملك من بعده فخاف عمر إن ولى رجلا صالحاً ألا يكون ليزيد بد من القيام، فتقوم فتنة فيفسد ما لا يصلح»[٢].

ومن أمثلة عمل مالك بالمصالح المرسلة:

(أ) ما قاله في الزعفران المغشوش إذا وجد بيد الذي غشّه حيث قال: «إنه يتصدق به على المساكين قلَّ أو كثُر»[٣].

(ب) القبول بشهادة الصبيان في الجراح التي تقع بينهم ولا يحضرها كبير حكم تمليه المصلحة، وهي مصلحة ملائمة لجنس تصرفات الشارع وداخلة تحت أصل حفظ النفس

---

(١) الاعتصام ٢/ ٣١١.

(٢) الاعتصام ٣/ ٣٠٢- ٣٠٦.

(٣) التشريع والفقه في الإسلام: مناع القطان: ص ٢٩٣.

وحقن الدماء الذي شهدت له النصوص الشرعية بالاعتبار، وشيوخ المالكية يعتبرون هذه المصلحة من المصالح الضرورية لحفظ النفوس وصيانة الأرواح، وليس فقط مما تدعو إليه حاجة الحفظ، وقد صرحوا أكثر من مرة أن قبول شهادة الصبيان في الجراح حكم تمليه الضرورة، ففسروا الحكم وحددوا نطاقه، بقدر هذه الضرورة، يقول **القاضي أبو الوليد الباجي**[(١)]: «والدليل على ما ذهب إليه عليٌّ ومن تابعه، ما احتج به شيوخنا من أن الدماء يجب الاحتياط لها، والصبيان في غالب أحوالهم ينفردون في ملاعبهم حتى لا يكاد أن يخالطهم غيرهم، ويجري بينهم من اللعب والترامي ما ربما كان سبباً للقتل والجراح، فلو لم يقبل بينهم إلاَّ الكبار وأهل العدل؛ لأدى ذلك إلى هدر دمائهم وجراحهم، فقبلت شهادتهم بينهم على الوجه الذي يقع على الصحة في غالب الحال»[(٢)].

قال الإمام سحنون[(٣)]: «إنما أجزتها في الجراح ولم أجزها في الحقوق للضرورة؛ لأن الحقوق يحضرها الكبار ولا يحضرون في جراح الصغار الأغلب ولو حضرها كبير لم تجز شهادتهم.

---

(١) هو أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعدون بن أيوب بن وارث الباجي الأندلسي، من علماء السادة المالكية المولود سنة ٤٠٣هـ، أخذ العلم عن أبي الأصبغ والقاضي يونس، وسمع من الطبري، له تصانيف كثيرة منها: إحكام الفصول في أحكام الأصول، والمنتقى، توفي سنة ٤٧٤هـ. سير أعلام النبلاء: ١٨/ ٥٣٥.

(٢) المنتقى للباجي: ٥/ ٢٢٩.

(٣) هو: عبد السلام بن سعيد بن حبيب التنوخي، الملقب سحنون، الحمصي الأصل المغربي القيرواني المالكي، مولده ووفاته بالقيروان (١٦٠-٢٤٠هـ)، انتهت إليه رياسة العلم في المغرب، وكان رفيع القدر، عفيفاً، أبي النفس، روى "المدونة" في فروع المالكية، انظر: سير أعلام النبلاء ١٢/ ٦٣ والأعلام ٤/ ٥.

ويقول في عدم قبول شهادة الإناث منهم: «إن الضرورة إنما تدعو إلى ما يكثر ويتكرر دون ما يقل ويندر، وحضور الإناث مع الذكور منهم يقل.. فلذلك لم تدع الضرورة إلى قبول شهادتهن.

ويقول في ردّ شهادتهم إذا وجد معهم كبير: وجه ذلك إلى شهادتهم إنما أجيزت للضرورة والضرورة إنما تكون إذا انفردوا فإن كان معهم كبير فقد زالت الضرورة، وصاروا على حالة يمكن إثبات أحكامهم معها فلم تقبل شهادتهم.

ويقول في منع قبول شهادتهم إذا تفرقوا: وأما افتراقهم ففي المجموعة من قول مالك أنه إنما تجوز شهادتهم ما لم يتفرقوا أو يخببوا فلا تجوز، وجه ذلك أنها إنما أجيزت شهادتهم للضرورة من أنهم ينفردون باللعب بما تكثر به الجراح وربما أدت إلى القتل، والشرع قد ورد بحفظ الدماء والاحتياط لها بأن تثبت بما لا تثبت به غيرها، ومما يوجب القسامة، ومثل ذلك لا يجوز في المال فإنما يحكم بأول قولهم وما ضبط منه قبل تفرقهم»[(١)].

٣- **جواز التسعير وتلقي الركبان**، وفتوى الإمام مالك في هذين الفرعين ليست فتوى على خلاف النص، وإنما هي تطبيق للنص، واستخراج لمناطه بطريق الاجتهاد، ومثل هذا النوع من الاجتهاد يتفق الأئمة على سلوكه، واستنباط الأحكام بناء عليه، ومقتضاه أن يرد نص بحكم شرعي، دون أن يدل النص بلفظه على مناط هذا الحكم، ويكون عمل الفقيه هو استنباط هذا المناط بطريق الاجتهاد. معتمداً على ما عرف من تصرفات الشارع في التشريع وتفريع الأحكام. وهذا تطبيق للنص نفسه، وتفسير له بالمعنى المناسب أو المصلحة السابقة إلى الفهم من ذات النص لا من خارجه، فإذا تقررت هذه القاعدة فنقول

---

(١) المنتقى: للباجي ٥/ ٢٢٩.

إن جواز التسعير عند الحاجة، وبيان ذلك ما روى أنس ﵁ قال: غلا السعر في المدينة على عهد رسول الله ﷺ، فقال الناس: يا رسول الله سعّر لنا، فقال رسول الله ﷺ: (إِنَّ اللهَ هُوَ الْمُسَعِّرُ الْقَابِضُ الْبَاسِطُ الرَّازِقُ إِنِّي لأَرْجُو أَنْ أَلْقَى رَبِّي وَلَيْسَ أَحَدٌ يَطْلُبُنِي بِمَظْلَمَةٍ فِي دَمٍ وَلا مَالٍ)[1].

فقال مالك وكثير من الفقهاء: إن مناط امتناع الرسول - عليه السلام - عن التسعير ليس كونه تسعيراً، وإنما لما فيه من الظلم للتجار، وهو يرجو أن يلقى الله وليس أحد يطلبه بمظلمة. وهذا يعنى أن ارتفاع السعر لا يد للتجار فيه، وإنما كان نتيجة طبيعية لقانون العرض والطلب، وفي هذه الحالة لا يجوز التسعير لأنه ظلم للتجار، وهم لم يفعلوا شيئاً من جانبهم لرفع السعر، وإنما هي ظروف العرض والطلب، فهم يبيعون بسعر المثل، لا يستغلون حاجة المستهلك، ولا يحتكرون الطعام جشعاً منهم. وإذا كان هذا مناط المنع، فعلى الفقيه أن يفتي بالمنع من التسعير إذا لم تدع الحاجة إليه، بأن كانت السلع متوفرة في الأسواق، تباع بسعر المثل دون ظلم أو جشع. أما إذا لجأ التجار إلى الحيل والاحتكار، وأخفوا السلع طمعاً في الكسب المحرم، والربح الخبيث، مستغلين حاجة العامة إلى الطعام، فإن الفقيه يفتي بجواز التسعير للإمام، رفعاً لهذا الظلم وإجباراً للتجار على عدالة التسعير. ولا يقال إن التسعير في هذه الحالة منهي عنه، ذلك أن مناط النهي غير متحقق في هذه الحالة؛ لأن ارتفاع السعر هنا بفعل التجار، والثمن يزيد على المثل[2].

---

(١) رواه الترمذي في سننه،كتاب: البيوع، باب: ما جاء في التسعير، رقم ١٢٣٥، وقَالَ أَبُو عِيسَى: هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيح، ورواه أبو داوود في سننه، كتاب البيوع، باب: في التسعير، رقم ٢٩٩٤، و ابن ماجه في سننه، كتاب: التجاوزات، باب: من كره أن يسعر، (٢/ ٢٠) رقم٢١٩١.

(٢) نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي: لحسين حامد حسان: ص١٧٧ - ١٧٨.

ما نقله الزركشي – أيضاً- عن الإمام مالك إنه قال: «الغاصب تكثر تصرفاته في المال المغصوب، إن لمالكه إجازة تصرفاته، إذْ يعتبر إتّباع مصلحة...مع أن المِلْكَ شرطٌ لصحة العقد والإجازة عنده بطلانه من الفضولي، ولكن إذا كثرت التصرفات وظهر العُسرُ اقتضت المصلحة ذلك»[١].

الفرع الثالث: المصالح المرسلة في الفقه الشافعي:

إن الشافعي لا ينكر اعتبار المصالح، وإنما ينكر اعتبار الأهواء أو الشهوات التي بدت في صورة المصالح. وما دامت المصالح المرسلة ليست أهواء، لأن أصولها معتبرة، وقد بنيت هي بذاتها على مناسب مرسل، لأنها ليست لها نظائر تشترك معها في علة الحكم بخصوصها، فالشافعي لا ينكر اعتبارها ولا يشدد النكير على من يعتبرها[٢].

ورد عن ابن حجر[٣] في شرح حديث: (**من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد**)[٤]، أنه قال ما نصه: «وقال الشافعي ما أحدث وخالف كتاباً أو سنة أو إجماعاً أو أثراً فهو البدعة الضالة وما أحدث من الخير ولم يخالف شيئاً من ذلك فهو البدعة

(١) البحر المحيط: بدر الدين بن محمد بهادر الزركشي ٧/ ٢٧٥.

(٢) المصلحة في التشريع الإسلامي: مصطفي زيد: ص٣٩.

(٣) هو: أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي السعدي الأنصاري، شهاب الدين شيخ الإسلام أبو العباس (٩٠٩-٩٧٤هـ)، فقيه باحث، مصري، مولده في محلة أبي الهيتم (من إقليم الغربية بمصر) وإليها نسبته، تلقى العلم في الأزهر، ومات بمكة، له: "تحفة المحتاج لشرح المنهاج" في فقه الشافعية، و"الإيعاب في شرح العباب" و"شرح الأربعين النووية". انظر: الأعلام للزركلي ١/ ٢٣٤.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: الصلح، باب: إذا اصطلحوا على صلح جور فالصلح مردود، (٢/ ٩٥٩) رقم ٢٥٥٠، ومسلم في صحيحه، كتاب: الأقضية، باب: نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور، (٣/ ١٣٤٣) رقم ١٧١٨.

المحمودة»[١]. وقال الزنجاني: «وقد ذهب الشافعي رحمه الله إلى أن التمسك المعينة جائز.. واحتج في ذلك بأن الوقائع الجزئية لا نهاية لها وكذلك أحكام الوقائع لا حصر لها، والأصول الجزئية التي تقتبس منها المعاني والعلل محصورة متناهية، والمتناهي لا يفي بغير المتناهي فلابد إذا من طريق آخر يتوصل بها إلى إثبات الأحكام الجزئية وهي التمسك بالمصالح المستندة إلى أوضاع الشرع ومقاصده على نحو كلي، وإن لم يستند إلى أصل جزئي»[٢].

بعض تطبيقات الشافعية:

١ - قال العز بن عبد السلام: «لو عم الحرام في بلدة بحيث لا يوجد فيها حلال، جاز أن يستعمل من ذلك ما تدعو إليه الحاجة، ولا يقف تحليل ذلك على الضرورة؛ لأنه لو وقف عليها لأدى إلى ضعف العباد، واستيلاء الكفار وأهل العناد على بلاد الإسلام، ولا ينقطع الناس عن الحرف والصنائع والأسباب التي تقوم بمصالح الأنام.

ومن تتبع مقاصد الشرع في جلب المصالح ودرء المفاسد، حصل له من مجموع ذلك اعتقاد أو عرفان بأن هذه المصلحة لا يجوز إهمالها، وأن هذه المفسدة لا يجوز قربانها، وإن لم يكن فيها إجماع، ولا نص، ولا قياس خاص فإن فهم نفس الشرع يوجب ذلك»[٣].

٢ - يجيز الشافعية إتلاف الحيوان الذي يقاتل عليه الكفار، وإتلاف شجرهم ونباتهم، لحاجة القتال والظفر بهم، ويجوّزون كذلك أخذ نبات الحرم لعلف البهائم، لما يلحق الحجيج من الحرج لو لم يبح لهم، في حين نهى عنه الرسول ﷺ نهياً صريحاً.

---

(١) الفتح المبين بشرح الأربعين لابن حجر الهيتمي: ص ٩٤.

(٢) تخريج الفروع على الأصول: الزنجاني: ص١٦٩ - ١٧١.

(٣) قواعد الأحكام في مصالح الأنام: العز بن عبد السلام ٢/ ١٨٠ - ١٨١.

ولا بأس عندهم بتضبيب الإناء بالفضة للحاجة دون ضرورة، مع عموم النهي عن استعمال الفضة. كذلك يفتون بجواز ضمان الدرك مع مخالفته للقياس ويعللون ذلك بحاجة الناس إلى معاملة من لا يعرفونه ويفتون بالأكل من الغنيمة في دار الحرب مع ورود النهي عن الانتفاع بها قبل القسمة، مستندين في ذلك إلى الحاجة، وقد أطلقوا الجواز فلم يقيدوه بحالة الضرورة(١).

٣- ما جاء في كتاب الأم، أن الرجوع عن الشهادات ضربان، فإذا شهد الشاهدان أو الشهود على رجل بشيء يتلف من بدنه أو ينال مثل قطع أو جلد أو قصاص في قتل أو جرح، وفعل به ذلك، ثم رجعوا فقالوا: عمدنا أن ينال منه ذلك بشهادتنا فهي كالجناية عليه، وما كان فيه من ذلك قصاص خيّر بين أن يقتص أو يأخذ العقل، وما لم يكن فيه من ذلك قصاص أخذ فيه العقل وعزروا دون الحد(٢).

وهذا من الاستصلاح، إذ ليس في دلالة النص ما يدل على أن الشهود يقتص منهم إذا شهدوا ثم رجعوا عن شهادتهم بعد أن نيل من المشهود عليه بسببها، وهذه المصلحة يقتضيها حقن الدماء وصونها عن غائلة المكر والأحقاد وهو ملائم لشرع القصاص.

٤- ما جاء في الأم مما يشبه هذا، وهو قوله: «ولو شهدوا على رجل أنه طلق امرأته ثلاثاً ففرق بينهما الحاكم، ثم رجعوا أغرمهم الحاكم صداق مثلها إن كان دخل بها، وإن لم يكن دخل بها غرمهم نصف صداق مثلها؛ لأنهم حرموها عليه، ولم يكن لها قيمة إلاَّ مهر مثلها، ولا التفت إلى ما أتلفوا عليه فجعل له قيمة»(٣).

---

(١) الأشباه والنظائر للإمام السيوطي: ص٦٠-٦١.

(٢) الأم للإمام الشافعي ٧/ ٥٠.

(٣) المصدر السابق.

الفرع الرابع: المصالح المرسلة في الفقه الحنبلي:

أخص ما تميز به مذهب الإمام أحمد أنه يقوم على فقه السنة، ولذا فإنه يعد من كبار المحدثين، وقد ذكر ابن القيم في إعلام الموقعين أن فتاوى أحمد بن حنبل مبنية على خمسة أصول، وهي: النصوص، فتاوى الصحابة، الاختيار من فتاوى الصحابة إذا اختلفوا، الأخذ بالمرسل، والحديث الضعيف والقياس[١].

أما بالنسبة للمصالح:

يقول شيخ الإسلام ابن تيمية: «إذا أشكل على الناظر أو السالك حكم شيء هل هو على الإباحة أو التحريم، فلينظر إلى مفسدته وثمرته وغايته، فإن كان مشتملاً على مفسدة راجحة ظاهرة فإنه يستحيل على الشارع الأمر به أو إباحته، بل يقطع أن الشرع يحرمه لاسيما إذا كان مفضياً إلى ما يبغضه الله ورسوله»[٢].

ويقول ابن تيمية أيضاً: «من استقرأ الشريعة في مواردها ومصادرها وجدها مبنية على قوله ﷻ: ﴿فَمَنِ ٱضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾[٣]، وقوله ﷻ: ﴿فَمَنِ ٱضْطُرَّ فِى مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِّإِثْمٍ ۙ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾[٤]، فكل ما احتاج إليه الناس في معاشهم، ولم يكن سببه معصية هي ترك واجب أو فعل محرم لم يحرم عليهم، لأنهم في معنى المضطر الذي ليس بباغ ولا عاد»[٥].

---

(١) التشريع والفقه في الإسلام: مناع القطان: ص٣٢٠-٣٢٦.

(٢) المصلحة في التشريع الإسلامي: مصطفي زيد: ص٧٠.

(٣) سورة البقرة، الآية [١٧٣].

(٤) سورة المائدة، الآية، [٣].

(٥) مجموع الفتاوى: لابن تيمية ٣/ ٢٩٤.

وقد رويت عن الإمام أحمد – رحمه الله تعالى – فتاوى عديدة بنيت على المصلحة وحدها، وهي:

١- نفي أهل الفساد والدعارة إلى بلد يؤمن فيه من شرهم.

٢- رأى أن يغلظ الحد على شارب الخمر في نهار رمضان.

٣- أوجب عقوبة على من طعن في الصحابة فلم يسمح للسلطان بالعفو عنه[١].

٤- حكم بأن يضمن الأجير المشترك وإن لم يتعد[٢].

٥- وجوز تخصيص بعض الأولاد بالهبة إذا كان هناك ما يقتضي تخصيصه بها، كحاجة أو زمانة أو عمى، أو كثرة عائلة، أو اشتغال بطلب العلم، كما جوز صرف العطية عن بعض ولده إذا كان فيه فسق أو بدعة، أو كان ينفق ما يأخذ على معصية الله، أو يستعين بإنفاقه على هذه المعصية[٣].

٦- ولأصحاب الإمام أحمد بن حنبل فتاوى كان أساسها المصلحة العامة، من بينها فتواهم بجواز إجبار المالك على أن يسكن في بيته من لا مأوى له إذا كان فيه فراغ يتسع له، أو كما قال ابن القيم: «فإذا قدر أن قوماً اضطروا إلى السكن في بيت إنسان لا يجدون سواه، وجب على صاحبه بذله بلا نزاع، لكن هل له أن يأخذ عليه أجراً؟ فيه قولان للعلماء وهما وجهان لأصحاب أحمد. ومن جوز له أخذ الأجرة حرم عليه أن يطلب زيادة على أجرة المثل»[٤].

---

(١) انظر: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية: لابن القيم الجوزية: ص ١٤.

(٢) انظر: إعلام الموقعين: لابن القيم ٤/ ٣١٣.

(٣) انظر: المغني لابن قدامة المقدسي ٧/ ١٠٧.

(٤) الطرق الحكمية: ص ٢٣٩.

٧- ومن بينها كذلك فتواهم بإجبار أهل الصناعات عليها بأجر المثل، إذا احتاج الناس إلى صناعتهم، أو كما قال ابن القيم: «ومن ذلك أن يحتاج الناس إلى صناعة طائفة كالفلاحة والنساجة والبناء وغير ذلك، فلولي الأمر أن يلزمهم بذلك بأجرة مثلهم، فإنه لا تتم مصلحة الناس إلا بذلك»(١).

٨- إذا دعت الحاجة إلى التصرف في مال الغير أو حقه، وتعذر استئذانه جاز هذا التصرف، ومن النصوص التي أخذ منها هذا الأصل حديث عروة بن الجعد البارقى حيث أعطاه النبي ﷺ ديناراً يشتري به شاة، فاشترى به شاتين، فباع إحداهما بدينار، وجاء بالدينار والشاة الأخرى فباع وأقبض وقبض بغير إذن النبي ﷺ لتعذر حصوله على هذا الإذن، وظهور الحاجة إلى هذا التصرف لما فيه من المصلحة الراجحة، وقد أقر النبي ﷺ تصرفاته هذه، فكان دليلاً على أن كل من تصرف في مال غيره لمصلحة رب المال وعدم القدرة على استئذانه فتصرفه ماض صحيح، ولا يعد معتدياً بهذا التصرف.

ومن الجزئيات التي تدخل تحتها أنه لو رأى شاة غيره تموت فذبحها حفظاً لماليتها عليه كان ذلك تصرفاً مشروعاً، ولا يعد معتدياً بالذبح، لأن ذلك أولى من تركها تموت.

ومنها لو رأي السيل يمر بدار جاره فبادر ونقب حائطه، وأخرج متاعه فحفظه عليه جاز ذلك، ولم يضمن نقب الحائط، أو قصد العدو مال جاره فصالحه ببعضه دفعاً عن بقيته جاز له ولم يضمن ما دفعه إليه، أو وقعت النار في دار جاره فهدم جانباً منها على النار لئلا تسري إلى بقيتها لم يضمن(٢).

---

(١) الطرق الحكمية: ص ٢٢٦.

(٢) انظر: نظرية المصلحة: د. حسين حامد حسان: ص٤٨١-٤٨٣ نقلاً عن إعلام الموقعين ٢/ ٣٩٣، والقواعد لابن رجب: ص٤١٧.

من ذلك يتبين أن العلماء اختلفوا في حكم الاستصلاح (أي في بناء الأحكام على المصلحة المرسلة) على المذاهب الآتية:

المذهب الأول:

المنع من بناء الأحكام على المصالح المرسلة (١)، وإليه ذهب القاضي أبو بكر الباقلاني (٢)، وأكثر الشافعية (٣)، ومتأخرو الحنابلة (٤)، وهو المشهور في بعض الكتب عن الحنفية (٥).

المذهب الثاني:

القول ببناء الأحكام على المصلحة المرسلة، وإليه ذهب أحمد (٦) ومالك (٧)

---

(١) انظر الإحكام في أصول الأحكام للآمدي ٤/ ١٦٠، والاعتصام ٢/ ١١١، وروضة الناظر: ص٨٧، و التحرير وتيسير التحرير لابن الهمام وأمير بادشاه ٤/ ١٧١، والمصلحة في التشريع الإسلامي لمصطفى زيد: ص ٣٢، ومصادر التشريع الإسلامي لخلاف: ص٨٩، وضوابط المصلحة للبوطي: ص ٣٩٨ (الهامش).

(٢) الاعتصام ٢/ ١١١، وضوابط المصلحة للبوطي: ص ٣٩٨ (الهامش).

(٣) الإحكام في أصول الأحكام للآمدي ٤/ ١٦٠، والتحرير وتيسير التحرير ٤/ ١٧١.

(٤) روضة الناظر: ص ٨٧، والتحرير وتيسير التحرير ٤/ ١٧١.

(٥) الإحكام للآمدي ٤/ ١٦٠، والتحرير وتيسير التحرير ٤/ ١٧١، ومصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه لخلاف: ص ٨٩.

(٦) انظر: شرح حديث: (لا ضرر ولا ضرار) للطوفي، تحقيق مصطفي زيد: (ملحق بالمصلحة في التشريع الإسلامي) ص٢١٥، مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه: ص ٨٩.

(٧) انظر: الإحكام للآمدي ٤/ ١٦٠، والاعتصام ٢/ ١١١، وروضة الناظر، ص٨٧، والتحرير: ابن الهمام ٤/ ١٧١، و شرح حديث (لا ضرر ولا ضرار) للطوفي، تحقيق مصطفي زيد، (ملحق بالمصلحة في التشريع الإسلامي) ص٢١٥، ضوابط المصلحة، ص ٣٩٨، مصادر التشريع الإسلامي لخلاف، ص٨٩.

والشافعي(١) وأبو حنيفة(٢).

---

١) انظر: الاعتصام ٢/ ١١١، وتيسير التحرير ٤/ ١٧١، وضوابط المصلحة: ص٣٩٨ (الهامش)، والمصلحة في التشريع الإسلامي لمصطفى زيد: ص٤٠-٤٨. وقد نقل عن الشافعي منع بناء الأحكام على المصلحة المرسلة (انظر خلاف: مصادر التشريع الإسلامي ص ٩٨، والمصلحة في التشريع الإسلامي لمصطفى زيد: ص٣٨-٤٠-٤٣-٤٥-٤٨ عرض هذه القضية، فذكر الخلاف فيما نسب إلى الشافعي من القول ببناء الأحكام على المصلحة المرسلة، وأدلة القولين المتعارضين، وانتهي إلى ترجيح القول بأن الشافعي يرى بناء الأحكام على المصلحة المرسلة.

٢) انظر: المصلحة في التشريع الإسلامي لمصطفى زيد: ص٤٥-٤٨. وقد اشتهر عن أبي حنيفة أنه لا يقول ببناء الأحكام على المصالح المرسلة، وقد تولى الدكتور مصطفي زيد في الصفحات المذكورة عرض القضية، فذكر الخلاف في القول بأنه يقول ببناء الأحكام على المصالح المرسلة أو يمنع منه، وذكر أدلة القولين، وانتهى إلى ترجيح القول بأنه يرى بناء الأحكام على المصالح المرسلة. وبهذا يتبين أن الأئمة الأربعة قد قالوا ببناء الأحكام على المصلحة المرسلة، يقول الدكتور مصطفي زيد في المصلحة في التشريع الإسلامي، ص٦٠: «المصلحة مقصد للشارع يتفق الأئمة جميعاً على تفريغ الأحكام التي تكفله، وإن يعدها بعضهم ضمن الأصول المعتبرة في مذهبه، إما لأنه رآها داخلة في دليل آخر، وإما لأنه لم يكتب في أصول مذهبه.. فأبو حنيفة لم يكتب في الأصول، ولكن فتاواه دلتنا على أنه اعتبر المصلحة وبنى عليها أحكاماً من باب الاستحسان، وقد كتب الشافعي في الأصول رسالته، ولم يعرض للمصلحة باعتبارها أصلاً مستقلاً؛ لأنه يرى أنها نوع من القياس، أنه يقول: «القياس من وجهين: أحدهما: أن يكون الشيء له في الأصول أشباه، فذلك بأولاها وأكثرها شبهاً عنه». وهذا الكلام للشافعي يكاد يكون صريحاً في أن على القياس هي الحكمة والمصلحة، لا الوصف المناسب الظاهر المنضبط، أو هي العلة كما يفسرها الشاطبي.

ويقول الدكتور مصطفي زيد في ص٦١: «... الإمامين مالكاً وأحمد يعدان المصلحة أصلاً مستقلاً تبنى الأحكام عليه وحده. ولهذا قيدوها بشروط رأوها ضرورية في هذا المقام... أما الشافعي فهو يعتبرها من القياس بمعناه الواسع. وأما أبو حنيفة فيعتبرها نوعاً من أنواع الاستحسان. ولهذا فقط لم يذكرا لاعتبارها شروط مالك وابن حنبل، وإلا فهي ألزم في نظرهما».

كما ذهب إليه بعض الشافعية[١]، ومعظم الحنفية[٢]، ومتقدمو الحنابلة والطوفي من متأخريهم[٣].

المذهب الثالث:

وهو للغزالي، وبيانه: أن المصلحة المرسلة التي يراد بناء الأحكام عليها لا يخلو إما أن تكون واقعة في رتبه التحسينات، وإما أن تكون واقعة في رتبة الحاجيات، وإما أن تكون واقعة في رتبة الضروريات. فإن كانت واقعة في رتبة التحسينات فإنه لا يبنى الحكم عليها ما لم يدل عليها دليل معين، فتكون المصلحة بهذا من القسم الأول من أقسام المصلحة، وهو ما شهد الشرع باعتبارها.

وإن كانت واقعة في رتبة الحاجيات، فقد اختلف قوله، فقال في كتابه (شفاء الغليل) فإنه يبنى الحكم عليه، وقال في كتابه (المستصفى) وهو آخر قوليه: «إنه لا يبنى الحكم عليه ما لم يدل عليها دليل معين، كما لو وقعت في رتبة التحسينات،

فتكون المصلحة بهذا من القسم الأول من أقسام المصلحة وهو ما شهد الشرع باعتبارها»[٤].

ولهذا نراه يقول: «الواقع في الرتبتين الأخيرتين، لا يجوز الحكم بمجرده إن يعضد بشهادة أصل؛ أي أنه يجري مجري وضع الضرورات فلا بدَّ في أن يؤدي إليه اجتهاد مجتهد،

---

(١) انظر: روضة الناظر: ص ٨٧.

(٢) انظر: الاعتصام ٢/ ١١١.

(٣) انظر: شرح حديث: (لا ضرر ولا ضرار) للطوفي، تحقيق مصطفي زيد: (ملحق بالمصلحة في التشريع الإسلامي ونجم الدين الطوفي) ص ٢١٢-٢١٣، ٢٤٠، ومصادر التشريع الإسلامي لخلاف: ص ٨٩.

٤) انظر: شفاء الغليل: ص ٢٠٩، والاعتصام ٢/ ١١٢، وضوابط المصلحة للبوطي: ص ٣٩٨ (الهامش).

وإن لم يشهد الشرع بالرأي، فهو كالاستحسان، فإن اعتضد بأصل، فذاك قياس»[١] ويقول: «أما الواقع في رتبة الضرورات، فلا بعد في أن يؤدي إليه اجتهاد مجتهد، وإن لم يشهد له أصل معين»[٢].

ويشترط الغزالي في حال احتجاجه بالاستصلاح، أن تكون المصلحة المرسلة على التحديد الذي حددناها به، مع مراعاة أن تكون حقيقة عامة، كما اشترط ذلك أصحاب المذهب الثاني[٣].

وفي كتابه (المستصفى) ذكر الغزالي الاستصلاح في جملة الأصول الموهومة التي لا يحتج بها، ومع ذلك ذكر مسائل أسند أحكامها إلى المصلحة المرسلة، وقد أجاب عن هذا الصنيع بأنه ينكر أن يكون الاستصلاح أصلاً مستقلاً برأسه، وبأن هذه المصالح التي أسندت إليها هذه الأحكام راجعة إلى الكتاب والسنة والإجماع، لا بدليل واحد، بل بأدلة كثيرة لا حصر لها.

بل ذكر الإجماع على حجية هذه المصالح الراجعة إلى الكتاب والسنة والإجماع، كما ذكر أنه حين يكون هناك خلاف، فإنما هو عند تعارض مصلحتين وليس في الاحتجاج بالمصلحة نفسها.

وعن تعارض المصلحتين في كلام الغزالي، قال الأستاذ عبدالوهاب خلاف موضحاً[٤]:... ولكنه – أي الغزالي – فرض أن المصلحة في بعض الحالات، قد تعارض

---

(١) المستصفى ١/ ١٤١.

(٢) المصدر السابق. الموضع نفسه.

(٣) انظر: الاعتصام ٢/ ١١٢ وضوابط المصلحة للبوطي: ص ٣٩٨ (الهامش).

(٤) مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه، ص ١٠١ – ١٠٢.

حكم النص أو الإجماع، فوضع قانوناً للترجيح عند تعارضهما وقال: «إذا عارضت مصلحة حكماً ثبت بالنص أو الإجماع، فهذا في الحقيقة تعارض بين مصلحتين: مصلحة حكم النص أو الإجماع، والمصلحة المعارضة، فإذا ترجحت المصلحة المعارضة بمرجحاتها المعتبرة، روعيت وعدل عن حكم النص أو الإجماع، ومرجحات المصلحة المعارضة أمور ثلاثة: أن تكون ضرورية، وقطعية، وكلية، ومثل لهذا بما إذا تترس الكفار ببعض الأسري من المسلمين، وعلم أن المسلمين يستأصلون إذا لم يرموا من تترس بهم الكفار من المسلمين. فإنه يباح لهم رمي المسلمين المتترس بهم، فهذه الإباحة تعارض حكماً ثبت بالنص وهو تحريم قتل المسلم، ولكنها لمصلحة ضرورية، هي حفظ حياة جميع المسلمين.

وقطعية؛ لأننا قطعنا بأننا لو لم نرم من تترسوا بهم من المسلمين استؤصل المسلمون.

وكلية؛ لأنها لا تتعلق بنجاة فرد أو أفراد[1]، بخلاف ما لو تترس أهل قلعة ببعض أسرى المسلمين لا يباح رمي المسلم المتترس به للوصول إلى فتح القلعة، لأن فتحها ليس ضرورياً لحياة المسلمين، وبخلاف ما لو خيف أو ظن أننا لو لم نرم الأسرى استؤصلنا؛ لأن هذا الظن أو الخوف لا يجعل المصلحة قطعية، وبخلاف ما لو زاد عدد راكبي سفينة عن حمولتها، ولو لم يرم أحدهم غرقوا، لا يباح هذا الرمي؛ لأن المصلحة جزئية.

فإذا توافرت هذه الشروط الثلاثة في المصلحة التي عارضت حكم النص، روعيت وعدل عن حكم النص، وكان اعتباراً لرجح المصلحتين».

---

(١) تناول البوطي في ضوابط المصلحة ص ٣٣١ – ٣٣٤، مثال التترس، فبين بما لا مزيد عليه أن ليس من باب المصالح المرسلة، وإنما هو من باب تعارض المصلحتين، وأن الغزالي إنما أتى به لهذا، فارجع إليه في هذه الصفحات.

ثم قال: «وفي الحقيقة ينبغي أن يكون هذا رأي العلماء جميعهم لا رأي الغزالي وحده؛ لأن الحال التي توافرت فيها هذه الأمور الثلاثة، هي حال الضرورة، والضرورات تبيح المحظورات. وجميع الأحكام الشرعية، إنما كلف بها المكلفون في حال الاختيار، ومن المتفق عليه أن أخف الضررين يرتكب لاتقاء أشدهما، والضرر الخاص يتحمل دفعاً للضرر العام، ولهذا يقتل القاتل حفظاً لحياة الناس، وتقطع يد السارق حفظاً لأموالهم، ويضحى بالمصلحة الخاصة في سبيل المصلحة العامة»[1].



(١) مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه: ص ١٠٢.



الفصل الثاني

أثر المصلحة المرسلة في عقود المعاوضات

ويشتمل على تمهيد وأربعة مباحث:

التمهيد: وفيه بيان مفهوم المعاملات وحقيقتها.

المبحث الأول: أثر المصلحة المرسلة في البيوع.

المبحث الثاني: أثر المصلحة المرسلة في بيع السلم.

المبحث الثالث: أثر المصلحة المرسلة في الإجارة.

المبحث الرابع: أثر المصلحة المرسلة في بيع الاستصناع.

تمهيد

بيان مفهوم المعاملات وحقيقتها وأثر المصلحة المرسلة في الحكم الشرعي (أو الترجيح بين الأحكام)

أولاً: حقيقة المعاملات المالية:

تعريف المعاملات لغة واصطلاحاً:

لغة: جمع معاملة، وهي مأخوذة من عاملت الرجل أعامله معاملة[١] أو التعامل مع الآخرين. وهي مصدر عامَلَ على وزن فَاعَلَ[٢] _ بفتحات _ وصيغة فَاعَلَ تدل على المشاركة كثيراً مثل: ضَارَبَ وقَاتَلَ وخَاصَمَ[٣]، ومثل المعاملة في المعنى: التعامل[٤]، «وعاملته في كلام أهل الأمصار يراد به: التصرف من البيع ونحوه»[٥].

اصطلاحاً: تطلق على الأحكام الشرعية المنظمة لتعامل الناس في الدنيا[٦]. سواء تعلق بالأموال أو النساء، حيث قال ابن عابدين: «المعاملات خمسة: المعاوضات المالية، والمناكحات، والمخاصمات، والأمانات، والتركات»[٧].

---

(١) لسان العرب ٢/ ٨٨٧.

(٢) المصباح المنير: ص٤٣٠، ولسان العرب ١١/ ٤٧٦، من مادة (عمل) فيهما.

(٣) المساعد على تسهيل الفوائد ٢/ ٦٠٢-٦٠٣.

(٤) تاج العروس ٨/ ٣٦، مادة (عمل).

(٥) المصباح المنير: ص٤٣٠.

(٦) معجم لغة الفقهاء لمحمد رواس قلعجي: ص٤٣٨.

(٧) حاشية ابن عابدين على رد المحتار، لمحمد أمين الشهير بابن عابدين ١/ ٧٩. (طبعة دار الفكر).

ومما ورد في معناها عند الفقهاء،ما ذكره ابن عابدين أيضاً بأنها: «ما كان المقصود منها في الأصل قضاء مصالح العباد، كالبيع والكفالة والحوالة ونحوها»[١]ا.هـ.

ومن أمثلتها أيضا: أبواب السلم والإجارة والوكالة والشركة والصلح والمزارعة والمساقاة والجعالة والضمان والعارية ونحوها. قال الشاطبي في ذلك: « والمعاملات ما كان راجعا إلى مصلحة الإنسان مع غيره كانتقال الأملاك بعوض أو بغير عوض بالعقد على الرقاب أو المنافع أو الأبضاع »[٢].

وخصّها بعض العلماء بالأحكام المتعلقة بالمال؛ حيث قسموا الفقه الإسلامي إلى: عبادات، ومعاملات، وأنكحة (أحوال شخصية)، وعقوبات. فالمعاملات خاصة بالتعامل المالي.

ويمكن تعريفها بأنها: الأحكام الشرعية المنظمة لتعامل الناس في الأموال، وهي تشمل المعاوضات: من بيع وإجارة، والتبرعات: من هبة ووقف، ووصية، والإسقاطات: كالإبراء من الدين، والمشاركات، والتوثيقات: من رهن، وكفالة، وحوالة[٣].

أما المراد بالمالية: فهي مصدر صناعي من المال وهو في اللغة: «ما ملكته من جميع الأشياء»[٤]. قال ابن الأثير: « هو ما يملك من الذهب والفضة، ثم أطلق على كل ما يقتنى ويملك من الأعيان، وأكثر ما يطلق المال عند العرب على الإبل؛ لأنها كانت أكثر أموالهم»[٥].

والمال في اصطلاح الحنفية: «ما يميل إليه الطبع، ويمكن ادخاره لوقت الحاجة»[٦].

---

(١) حاشية ابن عابدين ٤/ ٥٠٠. (طبعة مصطفى البابي الحلبي – يلاحظ: هذه طبعة ثانية).

(٢) الموافقات في أصول الشريعة ٢/ ٩-١٠.

(٣) المعاملات المالية المعاصرة، لمحمد عثمان شبير: ص١٠.

(٤) لسان العرب ٣/ ٥٥٠.

(٥) النهاية في غريب الحديث ٣/ ٣٧٣.

(٦) البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين إبراهيم محمد بن نجيم ٥/ ٢٧٧.

وقد جاء تعريف المال واضحاً عند الحنابلة بما أورده صاحب منتهى الإرادات بقوله: «وهو ما يباح نفعه مطلقاً واقتناؤه بلا حاجة»[١].

وتوجد تعريفات لكل من المالكية والشافعية قريبة من تعريف الحنابلة. وهو أولى من تعريف الحنفية؛ لأنه يشمل الأعيان والمنافع والحقوق.

وقد عرفه بعض المعاصرين بتعريف يتفق مع مسلك الجمهور وهو: « ما كان له قيمة مادية بين الناس، وجاز شرعاً الانتفاع به في حال السعة والاختيار »[٢].

ثانياً: تعريف المعاملات المالية:

مما سبق يمكن القول أنها: « جملة التصرفات المالية والاقتصادية والتجارية التي يقوم بها الناس من أجل تبادل المنافع واستحقاقها وتحصيلها، وهي تشمل البيع والشراء، والإجارة والمضاربة، والقرض والزارعة، والمساقاة "المغارسة" والسلم وغير ذلك.

وقد شرعت المعاملات في الإسلام لتنظيم حياة الناس وتحقيق منافعهم وسد حاجياتهم التي تقتضيها حياتهم ويستوجبها معاشهم، والتي ينبني على أساسها تطور الاقتصاد وثراء عملية التنمية الشاملة والناهضة والمتقدمة»[٣].

ثالثاً: خصائص فقه المعاملات في الإسلام:

[١] فقه المعاملات يقوم على أساس المبادئ العامة:

يتفق فقه المعاملات مع فروع الفقه الإسلامي من عبادات وغيرها في أن مصدرها رباني يتمثل في القرآن الكريم والسنة النبوية، إلا أن فقه المعاملات يقوم في تشريعه على أساس المبادئ العامة والقواعد الكلية، ولم يوغل في التفصيلات، كي يترك للفقهاء فرصة الاجتهاد في الصور التي يستحدثها الناس؛ ومن هذه المبادئ:

---

(١) منتهى الإرادات، ابن النجار ١/ ٣٣٩.

(٢) الملكية في الشريعة الإسلامية، د. عبد السلام العبادي ١/ ١٧٩.

(٣) المقاصد الشرعية: تعريفها، أمثلتها. حجيتها، نور الدين الخادمي: ص١٦٨.

(أ) الكتاب: قوله ﷻ: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ وَتُدْلُواْ بِهَآ إِلَى ٱلْحُكَّامِ لِتَأْكُلُواْ فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَٰلِ ٱلنَّاسِ بِٱلْإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ﴾[1].

قال ابن العربي[2] عند تفسير هذه الآية: « هذه الآية من قواعد المعاملات وأساس المعاوضات »[3]. ويدخل فيها النهي عن القمار، والخداع، والغصب، وجحد الحقوق، وما لا تطيب به نفس مالكه، وحلوان الكاهن، ومهر البغي، وأثمان الخمور، والرشوة وغير ذلك.

(ب) عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: (نَهَى رَسُولُ اللهِ ﷺ عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ)[4].

والغَرَرُ لغة: الخَطَر[5]، وبَيْعُ الغَرَر: بيع ما يجهله المتبايعان، كبيع السمك في الماء[6].

---

(١) سورة البقرة، الآية [١٨٨].

(٢) هو: أبو بكر محمد بن عبد الله بن محمد بن العربي الأندلسي المالكي ختام علماء الأندلس وأئمتها وحفاظها ولد سنة ٤٦٨هـ، كان من أهل التفنن في العلوم، أحد من بلغ الاجتهاد مع كريم الأخلاق، له العديد من التصانيف؛ منها: "أحكام القرآن" و"العواصم من القواصم"، توفي سنة ٥٤٣هـ. انظر: طبقات المفسرين للداوودي ٢/ ١٦٧، و الأعلام للزركلي ٦/ ٢٣٠، ومعجم المؤلفين١٠/ ٢٤٢.

(٣) أحكام القرآن، لأبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي ١/ ٩٦.

(٤) رواه مسلم في صحيحه، كتاب: البيوع، باب: بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر، رقم ٢٧٨٣، ورواه الترمذي في سننه، كتاب: البيوع، باب: ما جاء في كراهية بيع الغرر، رقم ١١٥١، ثم قال: وفي الباب عن ابن عمر وابن عباس وأبي سعيد وأنس، قال أبو عيسى "الترمذي": حديث أبي هريرة حديث حسن صحيح والعمل على هذا الحديث عند أهل العلم كرهوا بيع الغرر. ورواه أبو داود في سننه، كتاب: البيوع، باب: في بيع الغرر، رقم ٢٩٣٢.

(٥) المصباح المنير ٢/ ٦٠٨، مختار الصحاح ص٤٧١، مجمل اللغة لابن فارس ٣/ ٦٨١، المعجم الوسيط ٢/ ٦٤٨.

(٦) المصادر السابقة، المواضع نفسها.

والغرر في الاصطلاح: ما كان على غير عهدة ولا ثقة. وتدخل فيه البيوع التي لا يحيط بكنهها المتبايعان من كل مجهول[١].

أو ما كان على خطر الحصول فلا يدري أيحصل أم لا. وقد عرفه السرخسي بأنه: «ما يكون مستور العاقبة»[٢].

فالحديث عام يشمل كل البيوع التي يدخلها الغرر.

[٢] الأصل في المعاملات الجواز والصحة:

هذا الأصل من القواعد المهمة في أبواب المعاملات، وقد تكلم أهل العلم عنه بلفظ: «الأصل في المعاملات» تارة[٣]، أو: «الأصل في العقود والشروط فيها» تارة أخرى[٤]، أو بالجمع بينهما، فيقولون: (الأصل في المعاملات والعقود)[٥]. فالأصل في المعاملات الجواز والصحة، ولا يحرم منها إلا ما ورد الشرع بتحريمه وإبطاله، وهذا القول ظاهر عبارة الزيلعي[٦] من الحنفية، وصرّح به الشاطبي من المالكية، وهو مذهب الحنابلة، واختاره شيخ الإسلام ابن تيمية، وتلميذه ابن القيم.

---

(١) النهاية لابن الأثير ٣/ ٣٥٥.

(٢) المبسوط: لأبي بكر محمد بن أبي سهيل السرخسي ١٣/ ١٩٤.

(٣) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٢٨/ ٣٨٦.

(٤) القواعد النورانية الفقهية، لشيخ الإسلام ابن تيمية: ص١٨٤ - ١٨٨.

(٥) إعلام الموقعين عن رب العالمين: لابن القيم الجوزية ١/ ٣٨٤.

(٦) هو: عبدالله بن يوسف بن محمد الزيلعي من كبار علماء الحنفية، وأصله من الزيلع بالصومال، له مصنفات؛ منها: "نصب الراية تخريج أحاديث الهداية"، و"تخريج أحاديث الكشاف"، توفي سنة ٧٦٢هـ. انظر: الأعلام للزركلي ٤/ ١٤٧، ومعجم المؤلفين ٤/ ١٦٥.

أما عبارة الزيلعي فقوله: «ولا نسلم أن حرمة البيع أصل، بل الأصل هو الحل، والحرمة إذا ثبتت بالدليل الموجب لها، وهذا لأن الأموال خلقت للابتذال فيكون باب تحصيلها مفتوحاً فيجوز ما لم يقم الدليل على منعه»[١].

وأما الشاطبي فقال بعد أن فرّق بين العبادات والمعاملات، وأبان أن المعاملات من العاديات: « وما كان من العاديات يكتفى فيه بعدم المنافاة؛ لأن الأصل فيها الالتفات إلى المعاني دون التعبد، والأصل فيها الإذن حتى يدل الدليل على خلافه»[٢].

ومن عبارات الحنابلة ما ورد في الكوكب المنير: « الأعيان والمعاملات[٣] والعقود المنتفع بها قبل ورود الشرع إن خلا وقت عنه أو بعده وخلا عن حكمها أولا وجهل: مباحة »[٤].

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية: « والأصل في هذا: أنه لا يحرم على الناس من المعاملات التي يحتاجون إليها إلا ما دل الكتاب والسنة على تحريمه»[٥].

وقال ابن القيم: «والأصل في العقود والمعاملات الصحة حتى يقوم دليل على البطلان والتحريم»[٦]. ويستدل على ذلك بما يلي:

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، لعثمان بن علي الزيلعي ٤/ ٨٧.

(٢) الموافقات ١/ ٢٨٤- ٢٨٥.

(٣) هذه اللفظة موجودة في الطبعة الأولى، ولم تُثْبَتْ في الطبعة الثانية التي نشرها مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي. مكة المكرمة.

(٤) الكوكب المنير مع شرحه المسمى بمختصر التحرير، لمحمد بن أحمد المعروف بابن النجار ١/ ٣٢٢-٣٢٥.

(٥) مجموع الفتاوى ٢٨/ ٣٨٦، وقارن بالقواعد النورانية: ص١١٢، ١١٣، ١٨٨، ١٩٢.

(٦) إعلام الموقعين ١/ ٣٨٤.

١ - قولــــه ﷻ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ﴾ (١)، والآية نص في إباحة التجارة، ولفظ التجارة عام، فدل على أن الأصل الإباحة إلا ما خص بالدليل(٢).

٢ - قوله ﷻ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾(٣)، وقوله: ﴿وَأَوۡفُواْ بِٱلۡعَهۡدِۖ إِنَّ ٱلۡعَهۡدَ كَانَ مَسۡـُٔولٗا﴾(٤)، ونحوهما من الآيات في هذا المعنى، ودلالتها عامة في وجوب الوفاء بكل عقد وعهد فدل على أن الأصل فيها الإباحة، وإذا كانت مباحة فهي صحيحة، ولو كان الأصل فيها الحظر والفساد لم يجز أن يؤمر بها مطلقاً(٥).

[٣] اليسير معفو عنه في كثير من الأحكام(٦):

هذه قاعدة نافعة من قواعد الفقه الإسلامي، وصيغتها ناطقة بمدلولها، ويمكن أن تدخل في مجموعة القواعد التابعة للقاعدة الأساسية الكبرى: «**المشقة تجلب التيسير**» وينسحب هذا العفو على عديد من الأحكام، ومن هنا فالأصل المذكور عميق الأثر قديما وحديثا، وقد أفصح الفقهاء عن هذا المفهوم بعبارات شتى، ولكنها متقاربة المعنى؛ ومنها ما يلي:

* (القليل من الأشياء معفو عنه)(٧).

---

(١) سورة النساء، الآية [٢٩].

(٢) أحكام القرآن للجصاص: لأحمد بن علي الجصاص ٢/ ١٧٢ - ١٧٤، وانظر: أحكام القرآن لابن العربي ١/ ٤٠٨.

(٣) سورة المائدة، الآية [١].

(٤) سورة الإسراء، الآية [٣٤].

(٥) القواعد النورانية: ص١٩٢، ١٩٧، ٢٠٨.

(٦) المعيار للونشريسي ٥/ ١٣٧-١٣٨.

(٧) تأسيس النظر للدبوسي: ص ٥٩.

* (اليسير تجري المسامحة فيه)[١].

* (اليسير الذي لا ينضبط لا يلتفت إليه)[٢].

* (اليسير مغتفر)[٣].

* (النقص اليسير لا حكم له في أشياء كثيرة)[٤].

ومن الفروع التي ظهر فيها تطبيق هذا الأصل ما يلي:

* إن الجهالة اليسيرة في المعقود عليه، أو في الثمن في المجلس - معفو عنها[٥].

* إذا وجد القليل من رأس مال السلم زيفاً فرده، واستبدل به في المجلس لا ينقض عقد السلم برد ذلك القدر[٦].

كذلك نقص الحبة والحبتين في الأثمان وعروض التجارة يعد يسيرا[٧]، ولا يؤثر في الحكم، وبناء على ذلك فإن الزيادة اليسيرة على ثمن المثل لا أثر لها، وإن كان فيها غبن ما، كما في الوكيل بالبيع والشراء...[٨].

ومما لا غبار عليه أن هذه القاعدة قوية الارتباط جداً بالقاعدة الناطقة بالعفو عما يشق الاحتراز منه -ما لا يمكن الاحتراز عنه فهو عفو- وهذا ما يبدو جلياً من النصوص التالية:

---

(١) المغني لابن قدامة ١٣/ ١٣٣.

(٢) المبدع ٤/ ١٧١.

(٣) شرح الزركشي ٣/ ٥٢٤.

(٤) كشاف القناع ٢/ ١٦٩.

(٥) تأسيس النظر: ص٩٥.

(٦) المرجع السابق.

(٧) انظر: كشاف القناع ٢/ ١٧٨.

(٨) المنثور في القواعد ٢/ ١٨٣.

* (قليل الغش مما لا يمكن التحرز عنه)[١].
* (قليل الفساد مما لا يمكن التحرز منه)[٢].
* (قليل الزيادة مما لا يمكن التحرز منه)[٣].
* (العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه فجعل عفواً)[٤].

وبناء على ذلك تكون العبرة للغالب دائماً، ويعد اليسير مغموراً ملحقاً به، وبذلك يبقى الحكم سليماً نافذاً، فلو منع عقد من العقود من النفاذ بسبب أدنى خلل مشار إليه آنفا؛ لضاق الأمر على الناس، ولأدى ذلك إلى الحرج والمشقة، وهما مرفوعان شرعاً.

[٤] فقه المعاملات مبني على مراعاة العلل والمصالح:

إذا كانت غالبية العبادات في الإسلام تعبدية غير معقولة المعنى، أو غير معللة بعلة معينة، وإنما يطلب من المكلف الالتزام بها، ولو لم يدرك لها علة: كعدد ركعات الصلاة وتقبيل الحجر الأسود.

فإن غالبية المعاملات في الإسلام غير تعبدية، أو معقولة المعنى، أو معللة بعلة معينة يدركها المكلف. كما قرر الشاطبي: « الأصل في العبادات بالنسبة إلى المكلف التعبد دون الالتفات إلى المعاني وأصل العادات الالتفات إلى المعاني »[٥]، واستدل للأصل في العادات (المعاملات) الالتفات إلى العلل والمصالح والمقاصد بعدة أدلة نذكر منها: الاستقراء[٦].

---

(١) بدائع الصنائع ٥/ ١٩٦.
(٢) المصدر السابق ٥/ ٢٨٤.
(٣) المصدر السابق ٦/ ٣٠.
(٤) الهداية ٩/ ٥١٤، والمغني ١٤/ ١١٧.
(٥) الموافقات ٢/ ٣٠٠.
(٦) الاستقراء: تصفح جزئيات ذلك المعنى ليثبت من جهتها حكم عام قطعي أو ظني. انظر: الموافقات ٢/ ٢٩٨.

فقد قال الشاطبي في توضيح ذلك: «فإنا وجدنا الشارع قاصداً لمصالح العباد، والأحكام العادية (المعاملات) تدور معه حيثما دار، فترى الشيء الواحد يمنع في حال لا تكون فيه مصلحة، فإذا كان فيه مصلحة جاز: كالدرهم بالدرهم إلى أجل يمنع في المبايعة ويجوز في القرض»[١].

والمصالح التي قصدها الشارع في تشريع المعاملات هي مراعاة الضروريات والحاجيات والتحسينات، فأصول المعاملات ترجع إلى حفظ المال _ فهو من الضروريات الخمسة _ فمنع الإسلام من أكل المال بالباطل ومن سرقته، وطالب بتنميته واستثماره، وشرع من العقود والمعاوضات من بيع وإجارة وسلم واستصناع لسد حاجة الناس ودفع الحرج والمشقة عنهم، ولم يقف في تشريعه عند حد الضرورة أو الحاجة، وإنما تعداها إلى الأمور التحسينية فوسع على الناس في معاشهم وعاداتهم فأباح لهم التزين والتجمل ونهاهم عن الإسراف والتبذير والتقتير، وبناء على ما سبق فإن كثيراً من الأحكام المتعلقة بالمعاملات تدور مع المصلحة التي قصدها الشارع من تشريع الحكم، فإذا تغيرت المصلحة أو تغير موجب الحكم أو أصبح لا يحقق مقصود الشارع ينبغي تغيير الحكم، وإلا كنا مناقضين لمقصود الشارع، ولهذا قرر العز بن عبد السلام أن «كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده فهو باطل»[٢].

وقد نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر، في حين وجدنا من الفقهاء من أجاز من البيوع ما فيه غرر لا يفضي عادة إلى النزاع التفاتاً إلى علة النص وحكمته وقصده، ونهى النبي ﷺ عن بيع المعدوم، في حين وجدنا الفقهاء أجازوا عقد الاستصناع؛ وذلك لحاجة الناس إليه وجريان العمل به وقلة النزاع فيه.

---

(١) الموافقات ٢/ ٣٠٥.

(٢) قواعد الأحكام في مصالح الأنام ٢/ ١٤٣.

والقاعدة الفقهية «التصرف على الرعية منوط بالمصلحة» ترسم حدود الإدارة العامة والسياسة الشرعية، وتقيد صلاحية ولاة الأمور وتصرفاتهم بمقتضيات المصلحة العامة، مع ملاحظة ألا تكون المصلحة متصادمة مع النص التشريعي الوارد في الكتاب والسنة، فعلى سبيل المثال لا يسوغ لحاكم أن يبيح الربا أو العقود الفاسدة جريا وراء العرف المتبع السائد بحجة أنه من باب المصلحة.

فالواقع أن هذه القاعدة وثيقة الصلة بمجال السياسة الشرعية. وقد عبر عنها تاج الدين السبكي بقوله: « كل متصرف عن الغير فعليه أن يتصرف بالمصلحة»[(١)].

وعلى هذا الأساس «فإن مصلحة الناس إذا لم تتم إلا بالتسعير سعر عليهم تسعير عدل، ولا وكس، ولا شطط، وإذا اندفعت حاجتهم وقامت مصلحتهم بدونه لم يفعل»[(٢)].

وفي جميع الولايات من الإمامة، والقضاء، والوصاية، والنظارة أن الحق المخول للتصرف خاضع لهذا المبدأ، وإلى هذا يشير ما نقله العلامة البعلي من اختيارات شيخ الإسلام ابن تيمية في النص الآتي:

«كل متصرف بولاية إذا قيل له: افعل ما تشاء، فإنما هو لمصلحة شرعية »[(٣)].

وذكروا من **أمثلتها**: أن تصرف القاضي في أموال الأيتام، والصغار، والمعتوهين، والمجانين، والأوقاف منوط بالمصلحة، فلا تصح هبته شيئا من مالهم، ولا بيعه بغبن فاحش[(٤)].

---

(١) الأشباه والنظائر ١/ ٣١٠.

(٢) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم: ص٢٢٢.

(٣) الاختيارات: ص١٧٦.

(٤) انظر: شرح المجلة للأتاسي ١/ ١٤٥، وقواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ٢/ ٧٥، وقاله ابن نجيم في الأشباه والنظائر، ص:١٢٥.

ومن باب التطبيق عليها: أن «لصاحب الحسبة الحكم على من غشَّ في أسواق المسلمين في خبز، أو لبن، أو عسل، أو غيره من السلع...»[١].

ومما ينبغي ذكره بهذه المناسبة أن الإمام القرافي صاغ قاعدة تضارع هذه القاعدة المشروحة آنفاً من حيث الفحوى والمحتوى؛ إذ يقول: « قاعدة: كل من ولي ولاية الخلافة فما دونها إلى الوصية لا يحل له أن يتصرّف إلا بجلب مصلحة أو درء مفسدة...»[٢].

وقال عقب إيراد بعض الفروع عليها: «فعلى هذه القاعدة يتخرج اختلاف الأحكام في الخصوم، والمتهمين، والجرائم، وغيرها»[٣].

ومقتضى هذه القاعدة أنه لابد من ربط المناصب، والولايات، والوظائف بالأكفاء المؤهلين للقيام بتبعاتها على أحسن وجه، ومن ثم تنبني عليها قاعدة أخرى وهي كما قال القرافي: « يقدم في كل ولاية من هو أقوم بصلاحها، فيقدم في الحروب من هو أعلم بسياسة الجيوش ومكائد الحروب، وفي القضاء من هو أعلم بالأحكام ووجوه الحجاج، وفي الأيتام من هو أعلم بقيمة المال واستصلاح الأطفال... »[٤].

إذا كان الأصل في العبادات الحظر حتى يرد نص من الشارع بالطلب لئلا يحدث الناس في الدين ما ليس منه؛ لقوله ﷺ: (**من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد**)[٥]، وقوله ﷺ: (**لِتَأْخُذُوا مَنَاسِكَكُمْ**)[٦]، فإن الأصل في المعاملات من عقود

---

(١) الطرق الحكمية لابن القيم: ص٢٢٧.

(٢) الذخيرة ١٠/ ٤٣.

(٣) المصدر السابق: ١٠/ ٤٤.

(٤) الذخيرة ١٠/ ٤٢

(٥) تقدّم تخريجه، ص١٤٨ من هذا الكتاب.

(٦) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب: الحج، باب: استحباب رمي جمرة العقبة راكباً، ٢/ ٩٤٣، رقم ٢٢٨٦.

وشروط الإباحة، فلا يمنع منها شيء إلا ما منع بنص صريح الدلالة صحيح الثبوت، ويبقى ما عدا ذلك على أصل الإباحة.

ويؤيد ذلك قوله ﷻ: ﴿قُلْ أَرَءَيْتُم مَّآ أَنزَلَ ٱللَّهُ لَكُم مِّن رِّزْقٍ فَجَعَلْتُم مِّنْهُ حَرَامًا وَحَلَٰلًا قُلْ ءَآللَّهُ أَذِنَ لَكُمْ أَمْ عَلَى ٱللَّهِ تَفْتَرُونَ﴾(١).

نزلت هذه الآية في المشركين الذين يحرمون ما أباحه الله من الأطعمة والمعاملات، لمجرد عادات وأعراف تعودوا عليها وورثوها من الآباء والأجداد: كالبحيرة والسائبة والوصيلة(٢).

[٥] فقه المعاملات يجمع بين الثبات والمرونة:

إذا كانت بعض أحكام المعاملات تتغير بتغير علة الحكم والمصلحة التي أنيطت به، فإن البعض الآخر مقطوع بثباته وعدم تغيره مهما تغيرت الظروف والأحوال؛ ولذلك فإن المعاملات في الإسلام تجمع بين الثبات والمرونة، فالأحكام التي جاءت بها الشريعة الإسلامية لتكون كالأساس في بناء المعاملات اتسمت بسمة الثبات مثل التراضي في العقود والوفاء بها، وحرمة الربا والغش والاحتكار، والأحكام التي تتعلق بمقاصد الشريعة من تحقيق العدل ومنع الظلم وحفظ المال تتسم أيضاً بسمة الثبات، وأما الأحكام التي تتعلق بالوسائل أو ثبتت باجتهاد مبني على عرف فلا مانع من تغييرها عند تغير الوسائل وتطورها وتغيير الظروف والأعراف، فالنقود مثلاً وسيلة لتقويم السلع، وقد كانت من الذهب والفضة وأصبحت من المعادن والأوراق، فتعتبر نقوداً شرعية، ولو كانت من غير الذهب والفضة.

إن معرفة الثابت والمتغير في فقه المعاملات تُعين الفقيه المعاصر في الحكم على المعاملات المعاصرة والصور المستحدثة.

---

(١) سورة يونس، الآية [٥٩].

(٢) راجع تفسير ابن كثير ٢/ ١٨١، وتفسير الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٨/ ٣٥٤.

[٦] الجهالة إنما توجب الفساد إذا كانت مفضية إلى النزاع المشكل[١]:

من المعلوم أن المنازعات والخصومات لها أثر كبير في فساد الأخلاق، ولذا حسم التشريع الإسلامي جذور النزاع وسد منافذه بشتى الوسائل بسن القوانين ووضع الشروط المؤدية إلى تحقيق هذا الغرض، ولما كانت الأموال من أعظم أسباب النزاع للغريزة المودعة في الإنسان من حب المال، ضبط التشريع الحكيم العقود المالية بضوابط وقواعد تصون العقود من شوائب النزاع المشكل الذي يتعذر حسمه بين العاقدين، بحيث تتساوى فيه حجة الطرفين كبيع شاة من قطيع غنم.

وهذه القاعدة معبرة عن أحد شروط المبيع، وهو أن يكون معلوما لدى كلا الطرفين، ولها سند من أحاديث النبي ﷺ، ومنها ما ثبت في الحديث الصحيح من النهي الوارد عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها، وإليك نص صحيح البخاري على النحو الآتي:

«بَاب: بَيْعِ الثِّمَارِ قَبْلَ أَنْ يَبْدُوَ صَلاحُهَا، وقال الليث عن أبي الزناد: كان عروة بن الزبير يحدث عن سهل بن أبي حثمة الأنصاري من بني حارثة أنه حدثه عن زيد بن ثابت رضي الله عنه قال: كان الناس في عهد رسول الله ﷺ يتبايعون الثمار فإذا جَدَّ النَّاسُ وحضر تقاضيهم قال الْمُبْتَاعُ إِنَّهُ أَصَابَ الثَّمَرَ الدُّمَانُ[٢] أَصَابَهُ مُرَاضٌ أَصَابَهُ قُشَامٌ[٣] - عَاهَاتٌ يَحْتَجُّونَ بِهَا- فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ لَمَّا كَثُرَتْ عِنْدَهُ الْخُصُومَةُ فِي ذَلِكَ: (فَإِمَّا لا فَلا تَتَبَايَعُوا حَتَّى يَبْدُوَ صَلاحُ الثَّمَرِ) كَالْمَشُورَةِ يُشِيرُ بِهَا لِكَثْرَةِ خُصُومَتِهِمْ»[٤].

---

(١) انظر: الدرر شرح الغرر لمنلا خسرو ٢/ ١٥٥

(٢) الدُّمَانُ: فساد الطلع وتعفنه وسواده، انظر فتح الباري ٤/ ٣٩٥.

(٣) قُشَام: والقشام شيء يصيب الثمر حتى لا يرطب، وقيل هو آكال يقع في الثمر. انظر فتح الباري ٤/ ٣٩٥.

(٤) صحيح البخاري، كتاب: البيوع، باب: بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها، ٣/ ٣٣.

فهنا توجيه النبي ﷺ منبعث من واقع الخصومة التي كانت تقع بينهم، وليس بخاف أن الجهالة على أنواع[1]، وفي القضية الواردة في الحديث المذكور آنفاً يتبين أثر الجهالة في بقاء المبيع، فإنه لا يمكن التأكد من سلامة الثمار قبل بدو صلاحها ولا يؤمن عليها التلف بسبب الجوائح.

ومن المسائل المهمة الشائعة التي تتخرج على هذا المبدأ: لو عقد أشخاص شركة دون بيان كيفية تقسيم الربح بينهم، فسدت الشركة، جاء في (المجلة): «يشترط بيان الوجه الذي سيقسم فيه الربح بين الشركاء، وإذا بقي مبهما ومجهولا تكون الشركة فاسدة»[2]، والقاعدة هي أن كل شرط يوجب قطع الشركة في الربح أو يوجب جهالة فيه، فإنه يفسد الشركة[3].

[٧] العبرة في المعاملات بما في نفس الأمر، لا بما في ظن المكلف:

هذه القاعدة تنص على تصحيح تصرفات المكلف في مجال العقود بالنظر إلى المآل وحقيقة الأمر، بغض النظر عن ظن المكلف، فإذا تصرف الإنسان في شيء يظنه يملك التصرف فيه بملك، أو توكيل، ثم بعد التصرف تبين أنه لا يملك ذلك التصرف لم ينعقد العقد، وإن كان الأمر بالعكس، بأن ظن أنه لا يملك التصرف، ثم بان أنه يملكه صح التصرف؛ لأن المنظور إليه في المعاملات: ما يظهر من التصرفات بخلاف العبادات[4].

ومن الفروع التي وردت معللة ومقرونة بهذا الأصل ما جاء في النص الآتي: « من شروط المبيع أن يكون المبيع مملوكا لبائعه وقت العقد، وكذا الثمن ملكا تاما... أو أن يكون مأذونا له في بيعه وقت إيجاب وقبول... ولو لم يعلم المالك أن المبيع ملكه، بأن ظنه

---

(١) انظر: الفروق للقرافي ٣/ ٢٦٥ – ٢٦٦.

(٢) مجلة الأحكام العدلية مادة:١٣٣٦، مع شرح درر الحكام ٢/ ٤٩٠ – ٤٩١.

(٣) المعاملات المالية: ٢١٥، وشرح الأتاسي ٤/ ٣٣٤.

(٤) انظر: القواعد والأصول الجامعة للسعدي: ص١٠٦، القاعدة الرابعة والخمسون.

- أي ظن البائع المبيع لغيره - فبان أنه قد ورثه، أو لم يعلم المأذون له بالإذن: بأن ظن عدم الإذن، فتبين أنه قد وكل فيه.. صح البيع فيهما؛ لأن الاعتبار في المعاملات بما في نفس الأمر، لا بما في ظن المكلف»[1].

[٨] التقييد في العقود إنما يعتبر إذا كان مفيدا:

إنه من المقرر المحقق لدى الفقهاء والأصوليين أن المطلق يجري على إطلاقه ما لم يقيده دليل التقييد نصا، أو دلالة، ولكنه بجانب ذلك يلاحظ في التقييد أن يكون مفيدا يترتب عليه أثر، وإلا فلا يؤبه به، ولا ينظر إليه عند حصول النزاع بين المتعاقدين، أو الطرفين، ويبدو ذلك بجلاء من الفروع الكثيرة الواردة في (المبسوط) للسرخسي وغيره، ومنها ما يلي: «إن استأجر رحى ماء على أن يطحن فيها الحنطة، ولا يطحن غيرها، فطحن فيها شعيرا، أو شيئا من الحبوب سوى الحنطة، فإن كان ذلك لا يضر بالرحى فلا ضمان عليه، وإن كان أضر عليها من الحنطة ضمنه ما نقصها؛ لأن التقييد معتبر إذا كان مفيدا، والخلاف على ما هو أضر عدوان منه، فيلزمه ضمان النقصان..»[2]، وكذا «إذا أراد المستأجر أن يبدل محمله ليحمل محملا غيره، فإن لم يكن في ذلك ضرر، فله ذلك؛ لما بينا أن التعيين الذي ليس بمفيد لا يكون معتبرا»[3].

ولنفوذ هذا الأصل في مسائل من الإجارة، وما يرتبط بها من الضمان، أو عدمه صاغت (المجلة) ضابطين يستوعبان الموضوع، وهما كالآتي:

---

(١) كشاف القناع ٣/ ١٥٧، وراجع: حاشية الروض المربع ٤/ ٣٤٠ - ٣٤٣.

(٢) المبسوط ١٦/ ١٧.

(٣) المصدر السابق ١٦/ ٢٢.

«كل ما اختلف باختلاف المستعملين يعتبر فيه التقييد، مثلا: لو استكرى أحد لركوبه دابة ليس له أن يركبها غيره، أي: ليس للمستأجر تجاوز القيد، فإذا تجاوزه فتلف ما استأجر، كان عليه الضمان.

كل ما لا يختلف باختلاف المستعملين فالتقييد فيه لغو. مثلاً: لو استأجر أحد داراً على أن يسكنها، له أن يسكّن غيره فيها، يعني أنه لو استأجر أحد داراً بشرط أن يسكنها هو، فله إيجارها من غيره، وإعارتها؛ لاستيفاء المنفعة التي له أن يستوفيها..؛ لأن السكنى لما لم تكن متفاوتة لم يعتبر ذلك القيد؛ لأنه غير مفيد»[1].

رابعاً: أثر المصلحة المرسلة في الحكم الشرعي أو ترجيحه:

إن فقه المعاملات في الإسلام له مصادره الشرعية التي يستقي منها الفقه الإسلامي، ومن هذه المصادر القرآن الكريم، والسنة النبوية، والإجماع، والاجتهاد، والتراث الفقهي.

والاجتهاد في عرف علماء أصول الفقه: هو بذل الوسع واستفراغ الطاقة في طلب الحكم الشرعي حتى يحس بالعجز عن المزيد فيه[2]. وذلك عن طريق القياس، والاستحسان، والاستصلاح، وسد الذرائع المفضية إلى الحرام والفساد، والعرف وغير ذلك مع مراعاة القواعد الكلية العامة التي وردت في القرآن الكريم والسنة النبوية، والاجتهاد طريق شرعي معتبر لطلب الحكم الشرعي. وقد اتفق علماء الأصول على

---

(١) مجلة الأحكام العدلية مادة: ٤٢٧، درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٢/ ٤٩٠ – ٤٩١.

(٢) انظر: المستصفى للغزالي، و المحصول للرازي ٦/ ٧، والإحكام للآمدي ٤/ ١٦٢، وكشف الأسرار لعلاء الدين البخاري ٤/ ٢٥-٢٦، وشرح تنقيح الفصول للقرافي: ص٤٢٩، وتقريب الوصول إلى علم الأصول لابن جزي: ص٤٢١، وشرح مختصر الروضة للطوفي ٣/ ٥٧٥، ومختصر المنتهى لابن حاجب المالكي ومعه حاشية التفتازاني والجرجاني ٢/ ٢٨٩، وفواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت للأنصاري بهامش المستصفى ٢/ ٣٥٤.

مشروعية الاجتهاد وجوازه بعد النبي ﷺ في كل حكم شرعي ليس فيه دليل قطعي[١]. بل يرى أكثر الأصوليين وجوب العمل به في الحوادث[٢].

ولقد ربط الإسلام المعاملات بمقاصد الشريعة التي تعني تحقيق مصالح العباد في الدنيا والآخرة؛ أي «جلب المصالح ودرء المفاسد»، وذلك بالإرشاد إلى وسائل تحصيلها، واستبعاد كل ما فيه مضرة عنهم، وهذه المصالح المقصودة تعنى بالأمور الضرورية من دين ونفس وعقل ونسل ومال، وهي لا غنى للناس عنها ولا تقوم حياتهم من دونها. كما تعنى بالدرجة الثانية بالأمور الحاجية التي تحقق لهم اليسر والسهولة وبدونها تلحقهم المشقة والحرج. كما تعنى بالأمور التحسينية التي يتوافر بها للناس مكارم الأخلاق ومحاسن العادات.

والمعاملات المالية لا تنفصل عن هذه المقاصد لا من جانب الوجود ولا العدم. فمن جانب الوجود اعتبر الإسلام المال من الضروريات التي لا تستقيم مصالح الدنيا إلا به، لذا دعا الإسلام إلى اكتساب المال وتوفيره. كما أنه اعتبر العقود التي تمثل أدوات المعاملات من بيع وإجارة وسلم ومضاربة وغيرها من الحاجيات التي تحقق للناس اليسر والسهولة وترفع عنهم الحرج والمشقة[٣]. أما من جانب العدم فقد حرم الإسلام الاعتداء على المال، فقال ﷻ: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَٰلَ ٱلْيَتَٰمَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِى بُطُونِهِمْ نَارًا ۖ وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا﴾[٤].

ولذا دعا الإسلام إلى كل ما من شأنه سد باب النزاع في المعاملات فمنع الجهالة والغرر والغش والخداع وغير ذلك.

---

(١) انظر: الإحكام للآمدي ٤/ ١٧٥، والمستصفى ٢/ ٣٥٤.

(٢) انظر: البحر المحيط للزركشي ٤/ ٤٨٩، والموافقات للشاطبي ٤/ ٩٤، ١٠٤.

(٣) الموافقات للشاطبي ٢/ ١١.

(٤) سورة النساء، الآية [١٠].

والمعاملات المالية ضرب من الأحكام التي يسوغ فيها الاجتهاد؛ وذلك لأمور:

* أن المعاملات معقولة المعنى، ويمكن الوقوف على الحكم والمعاني المناسبة لتشريع أحكامها[١]، وما ذاك إلاَّ لأنها ضرب من العادات[٢]، والأصل في العادات التعليل.

* أن سمة وسائل المعاملات المالية التبدل والتغير والتطور بحسب الأزمنة والأمكنة، والأحوال والعادات والأعراف الجارية. وما كان هذا شأنه فلا سبيل لإدراك أحكامه إلا بالاجتهاد؛ لأن إغلاق باب الاجتهاد فيه يؤدي إلى حصول المشقة والحرج على الناس، والإسلام جاء بالتيسير والتخفيف عليهم خصوصاً فيما يتعلق بهذا النوع من الأحكام.

وإذا تبيَّنت مشروعية الاجتهاد في الشريعة عموماً، وفي أحكام المعاملات على وجه الخصوص، بقي القول بأن المعاملات المالية المعاصرة تعد مناخاً خصباً للاجتهاد، على اعتبار كثرة العقود والمعاملات المستحدثة، إضافة إلى التطور المتسارع في الأساليب والوسائل التي يتم التعاقد بواسطتها.

وهناك وسائل شرعية معتبرة يمكن للمجتهد أن يستعين بها في استنباط أحكام المعاملات المالية الحادثة، وأهمها:

١ - تحقيق المناط: والمراد به بالمعنى العام[٣]: أن تكون القاعدةَ الكليةُ منصوصةً أو متفقاً عليها فاجتهد المجتهد في تحقيقها في الفرع[٤].

---

(١) انظر: قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ١/ ١٨، ٢/ ٦٢.

(٢) انظر: الفتاوى الكبرى الفقهية لابن حجر الهيتمي ٢٩/ ١٨.

(٣) انظر: روضة الناظر ٣/ ٨٠١-٨٠٢، والإحكام للآمدي ٣/ ٣٠٢، وإرشاد الفحول: ص٢٢٢، والإبهاج في شرح المنهاج للسبكي ٣/ ٨٢.

(٤) انظر: المستصفى ٢/ ٢٣٠-٢٣١، وروضة الناظر ٣/ ٨٠١، وشرح مختصر الروضة ٣/ ٢٣٣-٢٣٦، والموافقات ٤/ ٩٠، والفتاوى ١٩/ ١٦، ٢٨٤.

٢- **القياس**: وذلك بإلحاق المعاملات المالية الحادثة بمعاملات جرى بيان أحكامها بالنص عليها في الكتاب والسنة أو بإجماع السابقين لاشتراكهما في علة الحكم، والقياس هو سبيل الحكم في النوازل[١]، ولا يمكن للمجتهد فيها أن يستغني عنها.

٣- **إلحاق النازلة الجديدة بالقواعد والأصول الكلية المتفق عليها**، فقد اعتنى الفقهاء الأوائل بصياغة قواعد كلية وضوابط في كل باب من أبواب الفقه يندرج تحتها ما لا يحصى من الفروع. ولذا يرى بعض علماء القواعد أنها أصول الفقه في الحقيقة، وبها يرتقي الفقيه إلى درجة الاجتهاد[٢].

٤- **استنباط الحكم من مقاصد الشريعة**، وهو من أهم وسائل الاجتهاد في الحوادث والمستجدات. وبما أن المقصد الأعظم من وضع الشريعة هو جلب الصلاح ودرء الفساد[٣]، فقد جاءت الشريعة بوجوب المحافظة على المال، وجعلته من الضروريات الخمس فيها، ويمكن للمجتهد في المعاملات المالية المعاصرة استنباط أحكام ما جدَّ من العقود والمعاملات من خلال تأمل المعاني والحِكم التي أرادها الشارع من تشريع المعاملات، خصوصاً وأن الأصل فيها التعليل وليس التعبد.

والأحكام التي تبنى بالاجتهاد الاستصلاحي على قاعدة المصالح المرسلة يمكن تصنيفها إلى نوعين:

الأول: الأحكام التي تتعلق بشؤون الإدارة العامة المنظمة لمصالح المجتمع، وهي التدابير التي يتوقف عليها تنظيم تلك الشؤون والمصالح العامة، كفرض الضرائب على

---

(١) انظر: الفقيه والمتفقه للخطيب البغدادي ٢/ ٣٣١.

(٢) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم: ص١٥.

(٣) انظر: المستصفى ١/ ٢٨٧، والإحكام للآمدي ٣/ ٢٧١، وقواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ١/ ٧، و٢/ ١٦٠، والإبهاج ٣/ ٦٨، ومنهاج السنة ٣/ ٣٦، والموافقات ٢/ ٦، ومقاصد الشريعة لمحمد الطاهر بن عاشور: ص٢٧٣-٢٧٧.

المقتدرين عند الحاجة إلى الأعمال، وسائر وجوه الضمان الجماعي الذي ينفي البؤس ويكفل العمل لمن يريده ويحقق للناس المستوى اللائق في المعيشة والمرافق الضرورية لحياتهم.

والثاني: الأحكام التي تتعلق بالنظام القضائي والحقوق الخاصة، كالحكم بانحلال الزواج بين المفقود وزوجته بناءً على طلبها وإن لم يثبت موته، وعدم نفاذ التصرفات المالية الصادرة من المدين بدين مستغرق ولو كان غير محجور عليه قضائياً إلاَّ فيما يزيد من أمواله عن وفاء الدين... ونحوها. وكل ذلك إنما هو من قبيل بناء الأحكام على مقتضى المصالح المرسلة.

وقد راجعت أكثر أبواب المعاملات المالية فوجدت أن باب المصلحة هو الوسيلة القوية في الاجتهاد في المعاملات المالية قديمة أو معاصرة، **لِذا فللمصلحة المرسلة أثر كبير** في المعاملات المالية الفقهية، ولا سيما أن القواعد الفقهية المبنية على هذا الدليل كان لها حضور قوي في مختلف أبواب الفقه ومسائله المتنوعة.

وبالنظر إلى المجتمعات الإنسانية نجد أن تصرفاتهم فيما بينهم تشغل حيزاً كبيراً من حياتهم، وتكون مجمل هذه التصرفات العلاقة الكائنة بين أفراد المجتمع. ولعل من أهم مظاهرها ما يسمى في عرف الفقهاء بالمعاملات من بيع وشراء وإيجارات ومداينات وحوالات وغيرها. ولذا فإن المعاملات ذات مكانة كبيرة في حياة الناس وتصرفاتهم اليومية، وهذا يتطلب أصولاً واسعة تضبطه وتستوعب مختلف مسائله.

وعليه فإن أحكام الشريعة الإسلامية قد كانت ضابطة لتصرفات الناس موسّعة عليهم في معاملاتهم، وإن من أهم الأمور التي ساعدت على ذلك تتمثل في التعويل على القواعد المبنية على دليل المصلحة واعتمادها في أمور المعاملات.

وفي الجملة فإن للمصلحة وما بني عليها من قواعد فقهية وضوابط شرعية أثراً كبيراً في أمور المعاملات، بل كان لها مدخل كبير في إعطاء هذا المجال الحيوي في المجتمعات سعة ومرونة وصلاحية في مختلف الأزمنة والأمكنة دون إحداث حرج أو عنت. ولو عكس الأمر ولم يؤخذ بهذه القواعد في المعاملات لكان في ذلك عنت وحرج للمجتمعات الإنسانية، ولكن سماحة الشريعة الإسلامية تأبى، فـ «الإباحة من نعمة الله ورحمته»(١).

---

(١) انظر: القواعد النورانية الفقهية لابن تيمية: ص٢٢٢.

المبحث الأول
أثر المصلحة المرسلة في البيوع

وفيه مطلبان:

المطلب الأول
تعريف البيع وأقسامه، ومشروعيته

أولاً: تعريف البيع في اللغة والاصطلاح:

تعريف البيع لغة:

البيع ضد الشراء، والبيع: الشراء أيضاً؛ وهو من الأضداد[١]، قال تعالى: ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ﴾[٢]، قال الأزهري: «قال أبو عبيد: البيع من حروف الأضداد في كلام العرب، يقال: باع فلان إذا اشترى، وباع من غيره»[٣].

والأصل في البيع: مبادلة مال بمال[٤]، وقيل: هو رغبة المالك عما في يده إلى ما في يد غيره[٥]، وقيل: هو إعطاء المثمن وأخذ الثمن[٦].

وبعت الشيء: شريته، أبيع بيعاً ومبيعاً، والشيء مبيع ومبيوع، والابتياع: الاشتراء. وتقول: بيع الشيء - على ما لم يسم فاعله - وقد تضم باؤه فيقال: بوع بقلب الياء واواً، والبَيِّعَان: البائع والمشتري، وجمعه: باعة، وكل من البائع والمشتري:

---

(١) انظر: الأضداد لابن الأنباري: ١/ ١٦.

(٢) سورة يوسف، من الآية [٢٠].

(٣) تهذيب اللغة، لأبي منصور محمد بن أحمد الأزهري ٣/ ٢٣٧.

(٤) لسان العرب، مادة "بيع" ٨/ ٢٣-٢٥، والمصباح المنير: ص٦٩، ومختار الصحاح: ص٢٩. وانظر: فتح المعين بشرح قرة العين: زين الدين بن عبد العزيز المليباري ٣/ ٢.

(٥) انظر: الكليات للكفوي: ص١٧٢.

(٦) المصدر السابق. نفس الموضع.

بائع وبيِّع[١]، قال الفيومي: «يطلق على كل واحد من المتعاقدين أنه بائع، ولكن إذا أطلق البائع فالمتبادر إلى الذهن باذل السلعة»[٢].

والبيع: اسم المبيع، فيقال: بيع جيد، وجمعه: بيوع. ورجل بيوع: جيد البيع، وبيَّاع: كثيره، والبياعات: الأشياء التي يتبايع بها في التجارة[٣].

تعريف البيع في الاصطلاح:

تباينت عبارات العلماء في حده، وكثرت تعبيراتهم عنه في كتب الفقه - على اختلاف مذاهبه - وكتب الشروح وكتب التعريفات وغيرها، ومن هذه التعريفات والذي نختاره ونراه راجحاً- والعلم عند الله- هو:

«تمليك عين مالية أو منفعة مباحة على التأبيد بعوض مالي، غير ربا ولا قرض»[٤].

وعليه فالبيع: هو مبادلة مال معين أو في الذمة أو منفعة مباحة بمثل أحدها على التأبيد غير ربا وقرض[٥].

---

(١) انظر: الكليات للكفوي: ص١٧٢.

(٢) المصباح المنير: ص٦٩ مادة (بيع).

(٣) انظر: تهذيب اللغة للأزهري ٣/ ٢٣٦-٢٤١ مادة (باع)، والصحاح للجوهري ٣/ ١٨٩ مادة (بيع)، ولسان العرب ٨/ ٢٣ مادة (بيع)، وتاج العروس للزبيدي ٥/ ٣٨٤، والمحكم لابن سيده ٢/ ١٨٨-١٨٩، ومعجم مقاييس اللغة لابن فارس ١/ ٣٢٧، والمغرب للمطرزي: ص٥٦، والمعجم الوسيط ١/ ٧٩ مادة (بيع).

(٤) المبدع في شرح المقنع، لأبي إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن مفلح ٤/ ٤.

(٥) انظر: حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، لعبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي ٤/ ٣٢٦-٣٢٨، والشرح الممتع على زاد المستقنع، للشيخ محمد بن صالح العثيمين ٨/ ١٠٧-١١٣.

تعريف العقد لغة:

«يطلق العقد في اللغة على الجمع بين أطراف الشيء وربطها، وضده الحل، ويطلق بمعنى إحكام الشيء وتقويته. ومن معنى الإحكام والتقوية الحسية للشيء أخذت لفظة (العقد)، وأريد بها العهد، ولذا صار العقد بمعنى العهد الموثق، والضمان، وكل ما ينشئ التزاماً»(١).

تعريف العقد اصطلاحاً:

أما في اصطلاح الفقهاء فإنه يطلق على أحد معنيين:

أولاً: ربط بين كلامين ينشأ عن حكم شرعي بالالتزام لأحد الطرفين، أو لكليهما. أخذ بهذا الاتجاه عدد من الفقهاء منهم أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزي حيث عدد اثني عشر باباً من العقود بعنوان «العقود المشاكلة للبيوع» ووضح وجه المشاكلة بقوله: «ووجه المشاكلة بينها أنها تحتوي على متعاقدين بمنزلة المتبايعين، وعلى عرضين بمنزلة الثمن والمثمون، وفي الكتاب اثنا عشر باباً»(٢).

ثانياً: يطلق ويراد به الالتزام الشرعي سواء كان مصدره طرفين، أو طرفاً واحداً، بإرادة متعاقدين، أو إرادة واحدة منفردة. فينتظم هذا جميع التبرعات كالهبة، والصدقة، والوصية، والوقف، وغيرها.

يمثل هذا الاتجاه لتعريف العقد بوضوح عدد من الفقهاء منهم: أبو بكر بن العربي في عبارته التالية: «فربط العقد تارة يكون مع الله، وتارة يكون مع الآدمي، وتارة يكون بالقول، وتارة يكون بالفعل، فمن قال: لله علي صوم يوم، فقد عقده بقوله مع ربه، ومن

---

(١) الملكية ونظرية العقد: للشيخ محمد أبي زهرة: ص١٧٩-١٨٠.

(٢) القوانين الفقهية: ص٢٧٩.

قام إلى الصلاة فنوى وكبر، فقد عقدها لربه بالفعل، فيلزم الأول ابتداء الصوم، ويلزم هذا تمام الصلاة؛ لأن كل واحد منهما قد عقدها مع ربه والتزم»[١].

بعض الفقهاء يغلب أحد الاستعمالين على الآخر، فالإطلاق الأول خاص، والثاني عام «ينتظم جميع الالتزامات الشرعية، وهو بهذا المعنى يرادف كلمة (التزام)» [٢].

ثانياً: أقسام البيع:

للبيع تقسيمات عديدة باعتبارات مختلفة[٣]؛ أهمها: باعتبار (المبيع) وباعتبار (الثمن).

(أ) تقسيم البيع باعتبار المبيع: وينقسم بهذا الاعتبار إلى أربعة أنواع:

١ - **البيع المطلق**: يشمل بيع العين بالعين، وبيع العين بالدين، نحو بيع السلعة بالأثمان المطلقة، وهي الدراهم والدنانير، وبيعها بالفلوس الرائجة وبالمكيل والموزون والعددي المتقارب نقداً أو دينا أي موصوفا في الذمة[٤].

٢- **بيع المقايضة**: هو بيع العين بالعين كبيع السلع بأمثالها[٥].

---

(١) أحكام القرآن الكريم ٢/ ٥٢٦، وانظر: الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة: ص١٨٠.

(٢) مختصر أحكام المعاملات الشرعية للشيخ علي الخفيف: ص٦٨.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ٤/ ٣٢٠.

(٤) بدائع الصنائع للكاساني ٤/ ٣٢٠، وانظر: شرح فتح القدير ٦ / ٢٤٧، ومواهب الجليل ٦ / ٤-٥، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد: لمحمد بن أحمد بن رشد ٣/ ١٧٣، وكشاف القناع للبهوتي ٣/ ١٦٨-١٦٩، ومغني المحتاج للشربيني ٥/ ٥٨، والمحلى لابن حزم ٩/ ١٣٢.

(٥) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام ١/ ١١٣، و المبسوط لمحمد بن أحمد بن أبي سهيل السرخسي ٣ / ١٥٩، ورد المحتار لابن عابدين ٧/ ٦، ومواهب الجليل لابن الخطاب ٦ / ١٠، والمحلى ٩/ ١٣٢.

٣- **بيع السلم**: هو بيع آجل بعاجل، هو البيع الذي يكون فيه الثمن معجلاً واستلام المبيع مؤجلا(١).

٤- **بيع الصرف**: هو بيع الثمن بالثمن جنسا بجنس أو بغير جنس، فيشمل بيع الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، كما يشمل بيع الذهب بالفضة، والمراد بالثمن ما خلق للثمنية فيدخل فيه المصوغ بالمصوغ أو بالنقد.

(ب) تقسيم البيع باعتبار طريقة تحديد الثمن:

وينقسم بهذا الاعتبار إلى أربعة أنواع:

١- **بيع الأمانة**: هي التي يحدد فيها الثمن بمثل رأس المال، أو أزيد، أو أنقص، وهي ثلاثة أنواع(٢):

* **بيع المرابحة**: وهو أن يعرف صاحب السلعة المشتري بكم اشتراها ويأخذ منه ربحا إما على الجملة،، وإما على التفصيل (٣).

* **بيع التولية**: وهو البيع الذي يقع بعد بيان البائع ثمن المبيع الذي اشتراه به بدون زيادة ولا نقصان على ذلك الثمن(٤).

***بيع الوضيعة أو النقيصة**: وهو بيع يحدد فيه الثمن بنقص على رأس المال أو بخسارة(٥).

---

(١) انظر: رد المحتار لابن عابدين ٧/ ٤٧٩، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام ١/ ١١٤، والمغني لابن قدامة ٤/ ٣١٢، والمحلى لابن حزم ١٠ / ٢٤-٢٥، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤/ ٣١٥.

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية ٩/ ٩.

(٣) انظر: شرح فتح القدير ٦/ ٤٩٤، ومواهب الجليل ٦/ ٤٣٢، والمغني ٤ / ١٠٢، والمحلى ٩/ ٢٦٤، ومغني المحتاج ٢/ ١٠٠، و البحر الزخار: لأحمد بن يحيى بن المرتضى ٤/ ٥٩٩-٦٠٣.

(٤) انظر: الكليات للكفوي: ص١٧٢.

(٥) انظر: بدائع الصنائع ٤/ ٢٧٤، وحاشية الدسوقي ٤/ ٢٦٣، والمغني ٤/ ٢٦٥، ومغني المحتاج ٢/ ١٠٠، والبحر الزخار ٤/ ٦٠٣.

٢- **بيع الاشتراك**: وهو نقل بعض المبيع إلى الغير بمثل الثمن الأول، وهو كالتولية لكنه على جزء من البيع لا على جميعه(١).

٣- **بيع المساومة**: وهو أن يتفاوض المشتري مع البائع في الثمن حتى يتفقا عليه من غير تعريف بكم اشتراها، وبعبارة أخرى هو البيع الذي لا يظهر فيه البائع رأس ماله، بل يرغب كتمانه وهو البيع الشائع الآن(٢).

٤- **بيع المزايدة**: أن ينادي الرجل على سلعته بنفسه أو بنائبه، ويزيد الناس بعضهم على بعض فما لم يكف عن النداء فلا بأس للغير أن يزيد(٣).

ثالثاً: مشروعية البيع:

اتفق الفقهاء على مشروعية البيع على سبيل الجواز، دلَّ على جوازه الكتاب والسنة والإجماع والمعقول:

الكتاب:

فقد استدلوا بقوله ﷻ: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾(٤).

ووجه الدلالة: أن الآية صريحة في حل البيع ومشروعيته، ولفظ البيع عام يشمل كل البيوع: «فالعموم يدل على إباحة البيوع كلها إلا ما استثنى بدليل في الجملة والتفصيل ما

---

(١) انظر: المغني ٤/ ٢٨٥، والمحلى ٩/ ٢٨٤، والبحر الرائق ٦/ ١٧٧، والحاوي الكبير للماوردي ٥/ ٢٧٩، و مغني المحتاج ٢/ ١٠١، والبحر الزخار ٤/ ٦٠٣، ورد المحتار، ٧/ ٣٦٠.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٤/ ٣٢٠، والمبسوط ١٣/ ٩٧، وفتح القدير لابن الهمام ٦/ ١٦٧، وحاشية الدسوقي ٤/ ٢٥٧-٢٥٨، ومواهب الجليل ٦/ ٢٦، والمغني ٤/ ٢٧٩، ومغني المحتاج ٢/ ١٠٠، والبحر الزخار ٤/ ٦٠٣، ورد المحتار ٧ / ٣٦٢، والوسيط للغزالي ٣/ ١٦٠، والمحلى ٩/ ٢١٨، والحاوي الكبير للماوردي ٥/ ٢٧٩.

(٣) المبسوط للسرخسي ١٥/ ٨٤.

(٤) سورة البقرة، الآية [٢٧٥].

لم يخص بدليل»[١].

وقوله ﷻ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ﴾[٢]، أما هذه الآية فقد اشترطت الرضا في البيوع، قال الإمام القرطبي: «عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ أي عن رضا، إلا أنها جاءت من المفاعلة إذ التجارة من اثنين»[٣].

السنة النبوية:

واستدلوا بما يأتي:

١ - ما أخرجه البخاري عن عائشة ﵂: (أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ اشْتَرَى طَعَامًا مِنْ يَهُودِيٍّ إِلَى أَجَلٍ وَرَهَنَهُ دِرْعًا مِنْ حَدِيدٍ)[٤].

٢ - وأخرج البخاري عن عروة البارقي: (أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَعْطَاهُ دِينَارًا يَشْتَرِي لَهُ بِهِ شَاةً فَاشْتَرَى لَهُ بِهِ شَاتَيْنِ فَبَاعَ إِحْدَاهُمَا بِدِينَارٍ وَجَاءَهُ بِدِينَارٍ وَشَاةٍ فَدَعَا لَهُ بِالْبَرَكَةِ فِي بَيْعِهِ وَكَانَ لَوْ اشْتَرَى التُّرَابَ لَرَبِحَ فِيهِ)[٥].

الإجماع:

واستدلوا كذلك بالإجماع، فقد أجمع العلماء، من هذه الأمة على جواز البيع، إلا ما نص نهي الشارع عنه[٦].

---

(١) مختصر تفسير القرطبي ١/ ٣١٤.

(٢) سورة النساء، من الآية [٢٩].

(٣) مختصر تفسير القرطبي ١/ ٤٩٣.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب: شراء النبي ﷺ بالنسيئة، رقم (١٩٢٦)، ومسلم في صحيحه، كتاب: المساقاة، باب: الرهن وجوازه في الحضر كالسفر، رقم ٣٠٠٩.

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب المناقب، باب: سؤال المشركين أن يريهم النبي ﷺ، رقم ٣٣٧٠.

(٦) مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والمعتقدات لابن حزم، ونقد مراتب الإجماع لابن تيمية، ص٩٥-١٠٤.

المعقول:

واستدلوا بالمعقول، وقالوا: مصالح العباد ومعايشهم تتعلق بالبيع ولا تتم إلا به، وحاجة العباد إلى المبادلة ضرورية[١].

هذه هي الأدلة في إباحة البيع؛ لأن في إباحته منفعة الخلق؛ لذا أباحته الشريعة وورد في إباحته أحاديث كثيرة وأقره علماء وفقهاء الأمة.

المطلب الثاني
مسائل في البيع وبيان أثر المصلحة المرسلة في تشريعها

فيه خمس مسائل:

المسألة الأولى: عقد الصرف:

تعريف الصرف لغة:

الصرف: مصدر فعله صَرَف - بفتح الصاد والراء - بابه ضَرَب. يأتي في لغة العرب على عدة معان.

* قال صاحب المفردات: «الصرف: رد الشيء من حالة إلى حالة، يقال: صرفته فانصرف»[٢]. ومنه قوله ﷻ: ﴿ثُمَّ ٱنصَرَفُواْۚ صَرَفَ ٱللَّهُ قُلُوبَهُم﴾[٣].

* ويأتي الصرف بمعنى التبديل وتحويل الشيء عن وجهه، كما في قوله ﷻ: ﴿وَتَصۡرِيفِ ٱلرِّيَٰحِ وَٱلسَّحَابِ ٱلۡمُسَخَّرِ بَيۡنَ ٱلسَّمَآءِ وَٱلۡأَرۡضِ لَأٓيَٰتٖ لِّقَوۡمٖ يَعۡقِلُونَ﴾[٤]؛ أي تحويلها وتبديلها.

---

(١) المغني، ٤/ ٤-٥، وكشاف القناع للبهوتي ٣/ ١٦٧، وشرح فتح القدير لابن همام ٦/ ٢٤٧.

(٢) المفردات في غريب القرآن: للأصفهاني ٢/ ٣٩.

(٣) سورة التوبة، من الآية [١٢٧].

(٤) سورة البقرة، الآية [١٦٤].

* ويأتي الصرف بمعنى الزيادة والنافلة، ومنه تسمى العبادة الزائدة على الفريضة صرفاً.

* ويكثر استعمال الصرف في باب البيع، وهو هنا بمعنى الإنفاق، نقول: صرفت المال إذا أنفقته[١].

* ويطلق الصرف بالمعنى الأخص في باب المعاملات على بيع الذهب والفضة[٢].

* نقل صاحب المصباح المنير عن ابن فارس أن الصرف: «فضل الدرهم في الجودة على الدرهم»[٣]، ومراده بالفضل الزيادة الحاصلة في الجودة.

ولهذا فإن كثيرا من العلماء يجعلون الأحكام المتعلقة بالصرف ضمن أحكام البيع ولا يجعلونها باباً مستقلاً[٤].

وكل هذه المعاني مرادة في الصرف؛ لأن الصرف متضمن حقيقة البيع لما في البيع من تبديل وتحويل للسلعة من يد البائع إلى يد المشتري، والثمن من يد المشتري إلى يد البائع[٥]، وكذلك الحال في الزيادة؛ لأن العاقدين لا يطلبان بهذا العقد - غالبا - إلا الزيادة الحاصلة في الثمن مقابل الجودة أو الصياغة في المثمن، فإن النقود لا يحصل الانتفاع بأعيانها كما ينتفع بغيرها من المطعومات والملبوسات، فهي لا تقصد لذاتها وإنما لأنها وسيلة لتحصيل المنافع وجلبها بواسطتها، ولولا هذه الزيادة الحاصلة في عقد الصرف والمقصودة منه، لما حصل الانتفاع به[٦].

---

(١) المعجم الوسيط: إبراهيم مصطفى ورفاقه ٣/ ٢٤.

(٢) المغني لابن قدامة ١/ ٤٦٢، وانظر: صحيح البخاري ٦/ ١٦٥.

(٣) المصباح المنير ٢/ ١٣٩.

(٤) لم يجعل الشافعية للصرف باباً مستقلاً، وإنما جعلوه من ضمن البيع، أما الحنابلة فألحقوه بالربا، وأما الحنفية والمالكية فقد أفردوا له باباً مستقلاً أسموه باب الصرف.

(٥) المقدمات الممهدات: أحمد بن رشد ٤/ ١٣٥.

(٦) مغني المحتاج: الشربيني ٤/ ١٣٥.

أو أن الزيادة في عقد الصرف جاءت من أن هذا العقد يشترط فيه الشارع شروطا زائدة على بقية الشروط التي يجب توفرها في كل عقد[١].

تعريف الصرف شرعاً:

اتفق أهل العلم على أن الصرف نوع من أنواع البيع[٢] إلا أنه بيع بشروط مخصوصة لا توجد في غيره من أنواع البيوع، وتميزه عن سائر العقود. **والصرف عند جمهور الفقهاء من الحنفية، والشافعية، والحنابلة** بيع الذهب بالذهب، والفضة بالفضة أو الذهب بالفضة أو الفضة بالذهب.

فقد عرفه الحنفية بأنه: «بيع الثمن بالثمن جنساً بجنس أو بغير جنس»[٣].

وعرفه الشافعية والحنابلة بأنه: «بيع النقد بالنقد من جنسه ومن غير جنسه»[٤].

وخالف المالكية وبعض الشافعية الجمهور، وجعلوا الصرف مخصوصاً ببيع النقد بخلاف جنسه كبيع الذهب بالفضة، أما بيع النقد بجنسه كبيع الذهب بالذهب فلا يعد صرفا، وإنما عدوه مراطلة أو مبادلة، فإن بيع النقد بمثله وزناً كان مراطلة، وإن بيع بمثله عدداً كان مبادلة، وإن بيع بخلاف جنسه كان صرفاً، يقول الإمام السبكي في المجموع: «وقال الأصحاب الصرف بيع الذهب بالفضة، والفضة بالذهب، والذهب بالذهب، ورأيت في مختصر البويطي ما يقتضي أن الصرف اسم لبيع أحد النقدين بالآخر»[٥]،

---

(١) المصباح المنير ٢/ ١٣٩.

(٢) المبسوط للسرخسي: ٣/ ١٤، والمغني ٤/ ١٩٢، والنهاية في غريب الحديث، ص٢٥٢.

(٣) المبسوط للسرخسي ٣/ ١٤.

(٤) مغني المحتاج ٢/ ٢٥.

(٥) تكملة المجموع شرح المهذب: السبكي ١٠/ ١٤٩.

وكذلك ما جاء في شرح صحيح البخاري حيث قال الحافظ في الفتح: «... فبيع النقد إما بمثله وهو المراطلة، أو بنقد غيره وهو الصرف»(١).

وقد أخذت مجلة الأحكام العدلية برأي الجمهور في تعريف الصرف حيث نصت المادة (١٢١) على أن الصرف «بيع النقد بالنقد»، وجاء في شرح هذه المادة: «إن بيع الصرف هو بيع الذهب المسكوك أو غير المسكوك بذهب أو فضة، والفضة بذهب أو مثلها فضة، فلو أعطى شخص آخر جنيها مصريا أو ليرة عثمانية، وأخذ منه مقابلها نقوداً فضية، أو نقوداً ذهبية من أجزاء الليرة، فذلك هو بيع الصرف»(٢).

المعنى الاقتصادي المعاصر للصرف:

والصرف في معناه الاقتصادي المعاصر يطلق على مبادلة عملة وطنية بعملة أجنبية ويطلق على سعر المبادلة كذلك(٣).

ومن هذا التعريف الحديث للصرف يظهر أن مبادلة العملة بأجزائها كالقروش أو الدنانير لا تسمى صرفا في عرف الاقتصاديين، وإنما هي استرجاع العملة نفسها لأجزائها بالقيمة نفسها، وإن كان الإطلاق العرفي في بعض البلاد يسمى ذلك صرفا، إلا أن الواقع الاقتصادي العملي يقصر الصرف على مبادلة العملة الوطنية بالعملة الأجنبية وبالعكس(٤).

مشروعية الصرف:

ثبتت مشروعية الصرف بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول:

---

(١) فتح الباري بشرح صحيح البخاري: ابن حجر العسقلاني ٤/ ٣٠٤.

(٢) مجلة الأحكام العدلية مادة (١٢١).

(٣) المعجم الوسيط ١/ ٥١٥.

(٤) النقود والمؤسسات المصرفية: الدكتور نبيل سدرة محارب، ص١٠٣.

أولاً: الكتاب:

(أ) قال الله ﷻ: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا۟﴾ (١).. الآية عامة في إباحتها جميع أنواع البيع المباح، والصرف بيع، فإذن هو مشروع بدلالة الآية.

(ب) قال ﷻ: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَـٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ (٢)، في الآية نهى الله تعالى المؤمنين عن أكل أموال بعضهم بعضاً بغير وجه حق، ثم جاء الاستثناء بجوازها بطريق التجارة الحلال إذا توفر فيها شرط الرضا، والاستثناء من النهي يدل على إباحة المستثنى، والمستثنى في الآية الكريمة هو التجارة الحلال، فلا يتناولها، وبما أن الصرف يتعلق ببيع النقد وشرائه، فإن الآية تتناولها بعمومها ومفهومها فيكون حكمه الإباحة والمشروعية.

ثانياً: السنة النبوية:

وردت أحاديث كثيرة تدل على إباحة الصرف ومشروعيته منها:

(أ) عن أبي بكرة(٣) قال: قال رسول الله ﷺ: (**لا تَبِيعُوا الذَّهَبَ بِالذَّهَبِ إِلاَّ سَوَاءً بِسَوَاءٍ، وَالْفِضَّةَ بِالْفِضَّةِ إِلاَّ سَوَاءً بِسَوَاءٍ، وَبِيعُوا الذَّهَبَ بِالْفِضَّةِ وَالْفِضَّةَ بِالذَّهَبِ كَيْفَ شِئْتُمْ**)(٤)، فالرسول ﷺ نهى عن بيع الذهب بالذهب، والفضة بالفضة متفاضلاً، بل يجب أن يكون متساوياً، وأجاز بيع الذهب بالفضة متماثلاً ومتفاضلاً، وهذا هو الصرف.

---

(١) سورة البقرة، من الآية [٢٧٥].

(٢) سورة النساء، من الآية [٢٩].

(٣) هو: نفيع بن الحارث الثقفي البصري أبو بكرة، ثقة، روى عن أبيه، من خيار الصحابة، مات سنة خمسين من الهجرة، انظر: تقريب التهذيب: ص٣٣٧، والأعلام ٣/ ٣٤٠.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: البيوع، باب: بيع الذهب بالذهب، ٤/ ٣٧٩، رقم ٢٠٢٩، والنسائي في سننه، كتاب: البيوع، باب: بيع الفضة بالذهب والذهب بالفضة ٧/ ٢٨١، رقم ٤٥٠٣.

(ب) أخرج الدارقطني عن علي ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: (**الدينار بالدينار، والدرهم بالدرهم لا فضل بينهما، من كانت له حاجة بورق فليصرفها بذهب، ومن كانت له حاجة بذهب فليصرفها بورق هاء وهاء**)[١]، فقوله ﷺ: (فليصرفها) دليل على مشروعية الصرف إذ لو لم يكن مباحاً لما أمر به النبي عليه السلام.

ثالثاً: الإجماع:

أجمع علماء الأمة على مشروعية الصرف وإباحته، فقد نقل عن ابن المبارك أنه قال: «ليس في الصرف اختلاف»[٢]، وقال الإمام النووي[٣]: «أجمع العلماء على تحريم بيع الذهب بالذهب أو الفضة بالفضة مؤجلاً، وكذلك كل شيئين اشتركا في علة الربا»[٤].

رابعاً: المعقول:

فإن الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة، ولا يحرم منها ولا يبطل إلا ما دلَّ الشرع على تحريمه وإبطاله بالنص أو القياس، بخلاف العبادات، فإن الأصل فيها التوقيف؛ إلا ما جاء به الدليل فيطالب به المكلف، يقول شيخ الإسلام ابن تيمية في فتاواه: «والأصل في هذا أنه لا يحرم على الناس من المعاملات التي يحتاجون إليها إلا ما

---

(١) رواه الدارقطني في البيوع ٣/ ٢٥.

قال الألباني في صحيح الجامع الصغير ١/ ٦٤٣ رقم ٣٤٢٣: حديث صحيح.

(٢) سنن الترمذي بشرح الإمام ابن العربي المالكي ٥/ ٢٤٩.

(٣) هو: محيي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف بن مري النووي الشافعي صاحب التصانيف النافعة، ولد سنة ٦٣١هـ، ذكر أنه كان يقرأ كل يوم اثني عشر درساً على مشايخه، أتقن العلوم والفنون في الحديث والفقه والعربية وغيرها، مع كثرة عبادة وصلاح، من تصانيفه: شرح مسلم، والمجموع وغيرهما كثير، توفي ﷺ سنة ٦٧٦ هـ. انظر: تذكرة الحفاظ للذهبي ١/ ٤٧٠، وشذرات الذهب ٥/ ٣٥٤، ومعجم المؤلفين ١٣/ ٢٠٢.

(٤) صحيح مسلم بشرح النووي: ١١/ ١٠.

دل الكتاب والسنة على تحريمه، كما لا يشرع لهم من العبادات التي يتقربون بها إلى الله إلا ما دل الكتاب والسنة على شرعه، إذ الدين ما شرعه الله، والحرام ما حرمه الله»[١].

ولهذا فإن الأصل في العقود والمعاملات الحل، ووجوب الوفاء بها يكون وفق تراضي العاقدين ما لم يتضمن العقد شرطاً منافياً لشرع الله تعالى كالغرر، والاستغلال، والفائدة المحرمة، ولذلك فالأصل في عقد الصرف الحل حتى يثبت دليل حرمته حيث لم يأت عن الشارع الحكيم ما يقضي بحرمته بل بإباحته وتشريعه كما جاء في الكتاب والسنة الصحيحة التي ذكرنا.

تغير سعر الصرف وأثره في العقود والالتزامات الآجلة:

من أبرز المشكلات الاقتصادية المعاصرة التي تمس حقوق الفرد والجماعة مسألة التغير في سعر صرف العملة بالرخص أو الغلاء، وفي كلا الحالين ينعكس آثار ذلك على ارتباطات ومصالح الأفراد، وقد أطلق الاقتصاديون اسم التضخم أو انخفاض القوة الشرائية للنقد على العملة حال انخفاضها. وقد ركز الاقتصاديون على بقاء النقد ثابتاً، ونبهوا إلى الآثار الخطيرة التي تنشأ عن تقلباته. ومشكلة التغير في سعر الصرف وعدم استقراره من المشكلات النقدية القديمة، فقد أشار المقريزي إلى الآثار التي كانت تنشأ عن تغير سعر الصرف بالانخفاض ودوره الكبير في التأثير على حياة الناس ونفقاتهم[٢].

وقد تحدث فقهاء الإسلام عن هذه المشكلة وما يترتب عليها من أضرار عظيمة، ضمن باب الربا والصرف[٣].

---

(١) مجموع الفتاوى: ابن تيمية ٢٨/ ٣٨٦.

(٢) إغاثة الأمة بكشف الغمة: المقريزي: ص٨٥.

(٣) يجعل كثير من الفقهاء الربا والصرف في باب واحد فهما متلازمان لا ينفك أحدهما عن الآخر.

التغير في القوة الشرائية للنقود يؤدي إلى الإخلال بالعدالة الاجتماعية بين طرفي العقد مما قد ينجم عنه إحجام الموسرين عن إقراض المعسرين، لأن التزام المدين بدفع مبلغ مقدر من النقود حسب ما اتفق عند العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة النقد أو انخفاضه أي أثر وقت الوفاء يؤدي إلى نفع أحد الطرفين على حساب الآخر، فإن ارتفاع القوة الشرائية للنقود يقابله انخفاض في الأسعار مما يعود بالضرر على المدينين، والعكس إذا انخفضت القوة الشرائية للنقود فإنه يقابلها ارتفاع في الأسعار، فيعود هذا بالضرر على الدائنين[١].

وهذا التغير إما أن يكون في النقد الواحد، وإما أن يكون بين نقدين مختلفين، كما يلي:

تغير سعر الصرف وأثره في العقود والالتزامات الآجلة في النقد الواحد:

اتفق الفقهاء على أن التغير في سعر الصرف لا يفسد العقد مطلقاً سواء كان محل العقد قرضاً أو إجارة أو سلماً... بل يبقى البيع على حاله، ولكنهم اختلفوا في الأثر المترتب على تغير سعر الصرف، وما يلزم المدين في حال نقصان السعر أو زيادته، هل يلزم بأداء قدر ما التزم عدداً دون اعتبار للرخص والغلاء؟ أم يلزم بدفع القيمة اعتباراً بالرخص والغلاء؟

وتعددت أقوالهم وانقسموا إلى ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول:

ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة وهو قول أبي حنيفة إلى أنه لا أثر للارتفاع أو الانخفاض في سعر الصرف على الدين الثابت في الذمة سواء كان قرضاً أم ثمناً في بيع مؤجل أو مهراً مؤجلاً أو دية مؤجلة.. وإنما يلزم المدين برد مثل ما أخذ أو التزم سواء زاد السعر أو نقص، فإذا حل أجل الدين فإنه يرد مثل ما اتفق عليه قدراً وصفة[٢].

(١) أحكام صرف النقود والعملات، لعباس أحمد محمد الباز، ص١٨٣-١٨٤، نقلاً عن مقدمة في النقود والبنوك: محمد زكي شافعي: ص١٣.

(٢) حاشية ابن عابدين على رد المحتار على الدر المختار٥/ ١٧٢، والمدونة الكبرى ٣/ ١١٦، والحاوي للفتاوى: السيوطي: ١/ ١٢٧، والمغني ٤/ ٣٩٦، مجموع الفتاوى الفقهية: الهيتمي ٥/ ١٢٨.

قال ابن عابدين: «وإن استقرض دانق[١] فلوس أو نصف درهم فلوس ثم رخصت أو غلت، لم يكن عليه إلا مثل عدد الذي أخذه... ولا ينظر إلى غلاء الدراهم ولا إلى رخصها»[٢].

وجاء في المدونة: «قلت: لو أن رجلاً قال لرجل أقرضني ديناراً دراهم أو نصف دينار دراهم أو ثلث دينار دراهم، فأعطاه الدراهم، ما الذي يقتضيه في قول مالك؟ قال: يقضيه مثل دراهمه التي أخذ منه لأنه لا ينبغي له أن يسلف أربعة ويأخذ خمسة، وليس الذي أعطاه ذهباً إنما أعطاه ورقاً، ولكن لو أعطاه ديناراً فصرفه المستسلف فأخذ نصفه وردّ عليه نصفه كان عليه نصف دينار إن غلا الصرف أو رخص»[٣].

وقال السيوطي في رسالته "قطع المجادلة عند تغيير المعاملة": «... وقد تقرر أن القرض الصحيح رد فيه المثل مطلقاً، فإذا اقترض منه رطل فلوس، فالواجب ردُّ رطل من ذلك الجنس سواء زادت قيمته أم نقصت»[٤].

وعند الحنابلة، جاء في المغني والشرح الكبير: «... إن المستقرض يرد المثل في المثليات سواء رخص سعر أو غلا أو كان بحاله...»[٥].

المذهب الثاني:

وهو قول أبي يوسف من الحنفية، حيث ذهب إلى وجوب أداء القيمة في الرخص والغلاء، فإن كان ما في الذمة قرضاً فإن القيمة تجب يوم القبض، وإن كان ما في الذمة بيعاً

---

(١) الدانق: من الأوزان، سدس الدرهم وهي فارسية الأصل تجمع على دوانق ودوانيق. لسان العرب ١٠/ ١٠٥.

(٢) حاشية ابن عابدين ٥/ ١٧٢.

(٣) المدونة الكبرى ٣/ ١١٦.

(٤) الحاوي للفتاوى: لجلال الدين السيوطي ١/ ١٢٧.

(٥) المغني ٤/ ٣٩٦.

فإن القيمة يوم العقد. وقد كان أبو يوسف يقول بما قال به الجمهور من وجوب رد المثل ثم رجع عنه[١].

فتحصل في مذهب الحنفية قولان:

الأول: ليس للبائع أو المقرض غير ما أقرض واتفق عليه، وهو قول أبي حنيفة.

الثاني: له قيمة ما باع أو أقرض يوم البيع أو يوم القرض، وهو قول أبي يوسف.

المذهب الثالث:

وقال الرهوني[٢] من المالكية: «إن كان التغير كبيراً فالواجب ردُّ القيمة، وأما إن كان التغير قليلاً ردّ المثل»[٣].

تغير سعر الصرف وأثره في العقود والالتزامات الآجلة بين نقدين مختلفين:

من المتفق عليه أنه لا يُلزم المدين برد ما ثبت للدائن في ذمته من نقد مخالف، وكذلك لا يلزم الدائن بأخذ ما ثبت له في ذمة المدين من نقد مخالف، فإن رضي الطرفان بالسداد من نقد مخالف فلا شيء في ذلك عندئذ كما دلَّ عليه حديث ابن عمر: (...إِنِّي أَبِيعُ الإِبِلَ

---

(١) مجموعة رسائل ابن عابدين: ابن عابدين ١/ ٦٠.

(٢) هو: يحيى بن موسى المالكي شرف الدين الرهوني، كان فقيها حافظا يقظا متفننا، إماما في أصول الفقه، رحل إلى القاهرة واستوطنها وتولى تدريس المدرسة المنصورية والخانقاه الشيخونية، وكان صدرا في العلماء حاز الرياسة والحظوة عند الخاصة والعامة، ذا دين متين وعقل رصين ثاقب الذهب، بارع الاستنباط، انفرد بتحقيق "مختصر ابن الحاجب الأصولي" وله عليه شرح حسن مفيد، وكان إماما في المنطق وعلم الكلام، وله: "تقييد على التهذيب" يذكر فيه المذاهب الأربعة ويرجح مذهب مالك، وتوفي في سنة أربع أو خمس وسبعين وسبعمائة. انظر: الديباج المذهب ١/ ٣٥٥، والدرر الكامنة ٦/ ١٨٩.

(٣) حاشية الرهوني والمدني: الرهوني ٥/ ١١٨- ١٢١.

بِالْبَقِيعِ فَأَبِيعُ بِالدَّنَانِيرِ وَآخُذُ الدَّرَاهِمَ وَأَبِيعُ بِالدَّرَاهِمِ وَآخُذُ الدَّنَانِيرَ، آخُذُ هَذِهِ مِنْ هَذِهِ، وَأُعْطِي هَذِهِ مِنْ هَذِهِ)، فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: (**لا بَأْسَ أَنْ تَأْخُذَهَا بِسِعْرِ يَوْمِهَا مَا لَمْ تَفْتَرِقَا وَبَيْنَكُمَا شَيْءٌ**)[1]، ويفهم من الحديث أنه لا يكون ذلك إلا إذا كان البيع مؤجلاً، وفي البيع المؤجل قد يتغير سعر الصرف، وبسؤاله رسول الله ﷺ عن صحة ذلك، بين له النبي ﷺ أن ذلك جائز إذا أخذ الدنانير بدل الدراهم، أو أخذ الدراهم بدل الدنانير بسعر يوم الأداء لا بسعر يوم البيع.

وقد اختلف الفقهاء في هذه الصورة في تقدير القيمة في حال التراضي على السداد بالنقد المخالف، هل تقدَّر القيمة وقت ثبوت الحق في الذمة؟ أم أن القيمة تقدَّر بوقت السداد؟ على قولين:

الأول: ذهب جمهور الفقهاء إلى وجوب القيمة بسعر يوم الرد ويوم الاقتضاء والمطالبة لا بسعر يوم البيع ويوم ثبوت الدين في الذمة[2].

---

(١) رواه النسائي في سننه ٣/ ٢٤٧، كتاب البيوع، باب: بيع الفضة بالذهب وبيع الذهب بالفضة، رقم٤٥٠٦، وأبو داود في سننه واللفظ له ٣/ ٢٤٧، كتاب البيوع، باب: في اقتضاء الذهب من الورق، رقم ٢٩١١، وأخرجه الترمذي ٢/ ١٢٤، والحاكم ٢/ ٤٤، والبيهقي ٥/ ٢٨٤.

قال الألباني في إرواء الغليل ٥/ ١٧٣ رقم ١٣٢٦: حديث ضعيف، وأما الحاكم فقال: «صحيح على شرط مسلم ووافقه الذهبي».

وقال محمد السيد درويش الحوت في حسن الأثر فيما فيه ضعف واختلاف:ص٢٨٢: رواه الأربعة وابن حبان والحاكم وقال الترمذي والبيهقي: «تفرد برفعه سماك وأكثر الرواة وقفه على ابن عمر».

(٢) مطالب أولى في شرح غاية المنتهى ٣/ ١٦٧، والشرح الكبير: الدردير ٣/ ٤٥، ونهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: الرملي ٣/ ٣٩٩.

الثاني: قال أبو يوسف[١] من الحنفية: الواجب ردُّ القيمة بسعر يوم الأخذ ويوم ثبوت الدين في الذمة[٢].

الترجيح:

بعد عرض الآراء يظهر أن الراجح هو ما ذهب إليه الجمهور برد المثل عند وجوده، والقيمة عند انعدامه بحساب يوم الرد لا يوم الأخذ. ومما يرجح قول الجمهور، ما روي عن ابن عمر أن بكر بن عبد الله المزني ومسروقاً العجلي سألاه عن كري (أجير) له عليهما دراهم وليس معهما إلا دنانير، فقال ابن عمر: أعطوه بسعر السوق[٣]، **وهذا دفع بالقيمة بالسعر السائد وقت السداد، فالمصلحة تقتضي ذلك.**

وقد ناقش مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الخامس بالكويت من ١ – ٦ جمادى الأولى ١٤٠٩هـ الموافق ١٠ – ١٥ كانون الأول (ديسمبر) ١٩٨٨م، موضوع تغير قيمة العملة، وأصدر قراره رقم ٤٢ (٤/ ٥)، ونصه: «العبرة في وفاء الديون الثابتة بعملة ما، هي بالمثل وليس بالقيمة؛ لأن الديون تقضى بأمثالها، فلا يجوز ربط الديون الثابتة في الذمة، أياً كان مصدرها، بمستوى الأسعار»[٤].

وجاء مثل ذلك في توصيات ندوة البنك الإسلامي للتنمية بجدة لعام ١٤٠٧هـ، حول ربط الحقوق والالتزامات الآجلة بتغير الأسعار.

---

(١) هو: القاضي أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الكوفي صاحب أبي حنيفة، ولد سنة ١١٣هـ، ولي قضاء بغداد أيام المهدي والهادي وهارون الرشيد، ويقال: إنه أول من لقب بقاضي القضاة. توفي ببغداد سنة١٨٢هـ، من مصنفاته: "الخراج" و"المخارج في الحيل". انظر: وفيات الأعيان ٢/ ٤٠٠-٤٠٦.

(٢) مجموعة رسائل ابن عابدين ١/ ٦٠.

(٣) المغني: ٤/ ٨٨.

(٤) مجلة المجمع: العدد الخامس، ٣/ ١٦٠٩.

المسألة الثانية: بيع المزايدة:

للبيع تقسيمات عديدة باعتبارات مختلفة[١]، أهمها تقسيمه باعتبار (المبيع) وباعتبار (الثمن)، وسيتم تناول البيع باعتبار طريقة تحديد الثمن لارتباطه بموضوع البحث - بيع المزايدة -.

تقسيم البيع باعتبار طريقة تحديد الثمن[٢]:

ينقسم البيع باعتبار طريقة تحديد الثمن إلى أربعة أنواع هي:

١- بيع الأمانة.

٢- بيع الاشتراك.

٣- بيع المساومة.

٤- بيع المزايدة: وهو موضوع هذا البحث.

مفهوم بيع المزايدة لغة واصطلاحاً:

بيع المزايدة مفهوم مركب من مصطلح البيع ومصطلح المزايدة، أما مصطلح البيع فقد سبقت الإشارة إليه وتحديد مفهومه، وأما مصطلح المزايدة فهو محل الدراسة في هذا المبحث.

مفهوم المزايدة لغة:

المزايدة مصدرٌ فعلُه زايد وهي على وزن (مفاعلة)، والزيادة هنا برفع ثمن السلعة المعروضة في المزاد، والزاي والياء والدال أصل يدل على الفضل، يقولون: زاد الشيء يزيد فهو زائد[٣]، وتزايد السعر، وتزَيَّد، وتزايدوا في ثمن السلعة حتى بلغ منتهاه، وزايد أحد المتبايعين الآخر مزايدة[٤]، وتزايد أهل السوق إذا بيعت السلعة فيمن يزيد[٥]،

---

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٤/ ٣٢٠.

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية ٩/ ٩.

(٣) معجم مقاييس اللغة لأبي الحسين أحمد بن فارس ١/ ٥٤٠، مادة (زيد).

(٤) أساس البلاغة للزمخشري: ص٤١٤، مادة (زاد).

(٥) تاج العروس للزبيدي ١/ ١٥٦، مادة (زيد).

وزايده: نافسه في الزيادة، وهو ثمن السلعة: زاد فيه على آخر، والمزاد موضع الزيادة[١].

مفهوم بيع المزايدة اصطلاحاً:

(أ) الحنفية: عرفه السرخسي بقوله: «أما بيع المزايدة فهو: أن ينادي الرجل على سلعته بنفسه أو بنائبه ويزيد الناس بعضهم على بعض فما لم يكف عن النداء فلا بأس للغير أن يزيد»[٢]، وعرفه الزيلعي بقوله: «أن يظهر من البائع ما يدل على عدم الرضا بالبيع فيأتي آخر فيزيد عليه»[٣].

(ب) المالكية: عرفه ابن جزي[٤] بقوله: «أما المزايدة: فهي أن ينادى على السلعة، ويزيد الناس فيها بعضهم على بعض، حتى تقف على آخر زائد فيها فيأخذها»[٥].

وعرفه ابن عرفة[٦] بقوله: «بيع لم يتوقف ثمن مبيعه المعلوم قدره على اعتبار ثمنه فيبيع قبله، إن التزم مشتريه ثمنه على قبول الزيادة»[٧].

---

(١) المصدر السابق، الموضع نفسه.

(٢) المبسوط للسرخسي ١٥/ ٨٤.

(٣) تبيين الحقائق شرح كنز الحقائق للزيلعي ٤/ ٤١٠.

(٤) هو: محمد بن أحمد بن عبد الله بن جزي الكلبي الغرناطي أبو القاسم، مولده سنة ٦٩٣هـ، فقيه من العلماء بالأصول واللغة، له مؤلفات كثيرة؛ منها: "القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية"، و"تقريب الوصول إلى علم الأصول"، فقد أو قتل يوم معركة طريف سنة ٧٤١هـ.الدرر الكامنة ٣/ ٤٤٦-٤٤٧، والأعلام٥/ ٣٢٥.

(٥) قوانين الأحكام الشرعية ابن جزي: ص٢٩٠.

(٦) هو: محمد بن محمد بن عرفة الورغمي، إمام تونس وعالمها وخطيبها ومفتيها، كان من كبار فقهاء المالكية، تصدى للدرس بجامع تونس وانتفع به خلق كثير، توفي بتونس سنة ٨٠٣هـ. من تصانيفه: "المبسوط" في الفقه، و"مختصر الفرائض". انظر: الديباج المذهب: ص٣٣٧، والأعلام للزركلي ٧/ ٤٣.

(٧) شرح حدود ابن عرفة: لمحمد الأنصاري الرصاع ٢/ ٣٨٣.

(جـ) الشافعية: عرفه الماوردي[١] بقوله: «أن يبذل الرجل في السلعة ثمناً فيأتي آخر فيزيد عليه في ذلك الثمن»[٢]، وعرفه النووي بقوله: «هو ما يطاف به فيمن يزيد وطلبه طالب، فلغيره الدخول عليه والزيادة فيه»[٣].

(د) أما الحنابلة[٤] فلم يذكروا تعريفا واضحا لبيع المزايدة وإن كانوا تحدثوا عنه في حكم البيع على بيع الغير، فذكروا أن البيع على بيع الغير حرام بينما البيع الذي تتم المناداة عليه فقد قالوا بجوازه.

التعريف المختار:

تعريف السرخسي؛ لأنه جاء شاملاً لأركان وشروط بيع المزايدة.

المزايدة في الاصطلاح القانوني:

هي: «طرح التعاقد في مزاد عام، لكي يتمكن من الحصول على أعلى عطاء»[٥].

حكم بيع المزايدة:

للفقهاء في حكم بيع المزايدة من حيث الجواز وعدمه ثلاثة مذاهب:

---

(١) هو: على بن محمد بن حبيب القاضي أبو الحسن الماوردي البصري الشافعي ولد سنة ٣٦٤هـ، كان حافظا للمذهب، عظيم القدر، مقدماً عند السلطان، له مصنفات كثيرة في الفقه، والتفسير، والأصول، والأدب، ولي القضاء ببلاد كثيرة، اتهم بالاعتزال، قال السبكي: والصحيح أنه ليس معتزليا، ولكنه يقول بالقدر، توفي سنة ٤٥٠ هـ. انظر: طبقات المفسرين للداوودي ١/ ٤٢٧، ومعجم المؤلفين ٧/ ١٨٩.

(٢) الحاوي الكبير للماوردي ٥/ ٣٣٤.

(٣) روضة الطالبين النووي ٣/ ٨١.

(٤) المغني ٤/ ٢٧٩، وانظر: كشاف القناع للبهوتي ٣/ ٢٠٩-٢١٠، والإنصاف للمرداوي ٤/ ٣١٨-٣٢٠.

(٥) المصادر الإرادية للالتزام في القانون المدني الليبي: حبيب ثروت: ص١٠٣.

الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[١]، والمالكية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤]، والظاهرية[٥] إلى جواز بيع المزايدة.

الثاني: ذهب إبراهيم النخعي[٦] إلى كراهة بيع المزايدة[٧].

الثالث: ذهب عطاء[٨] والأوزاعي وإسحاق بن راهويه ومجاهد[٩]، إلى عدم جواز بيع

---

(١) شرح فتح القدير لابن الهمام ٦ / ٤٧٧، وانظر: بدائع الصنائع للكاساني ٤/ ٤٨١، والهداية شرح بداية المهتدي للميرغناني ٨/ ٢١١.

(٢) قوانين الأحكام الفقهية لابن جزي، ص٢٩٠، بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ٣/ ٢٢١.

(٣) مغني المحتاج للشربيني ٢/ ٥٠-٥١، والحاوي الكبير للماوردي ٥/ ٣٤٥.

(٤) المغني ٤/ ٤٢، ومطالب أولي النهى للسيوطي ٣/ ٥٥-٥٦.

(٥) المحلى لابن حزم ٩/ ٢٢١.

(٦) هو: أبو عمران إبراهيم بن يزيد بن قيس بن الأسود النخعي، فقيه العراق، روى عن شريح القاضي، كان مفتي أهل الكوفة هو والشعبي، أدرك من الصحابة عائشة رضي الله عنها، توفي سنة٩٦هـ. سير أعلام النبلاء ٤/ ٥٢٠.

(٧) انظر: شرح صحيح مسلم للنووي ١٠/ ٣٩٨، وفتح الباري لابن حجر ٤/ ٤٤٨، ونيل الأوطار للشوكاني ص١٠٤٥ (في مجلد واحد)، و طرح التثريب في شرح التقريب: عبد الرحيم بن الحسين العراقي ٦/ ٩٣-٩٥.

(٨) هو: عطاء بن أبي مسلم أبو عثمان الخراساني، اسم أبيه ميسرة وقيل عبد الله، صدوق يهم كثيرا، ويرسل ويدلس. له كتاب "تنزيل القرآن" و"تفسيره" و"ناسخه ومنسوخه" لم يصح أن البخاري أخرج له، لكن روى له بقية الستة. مات سنة ١٣٥ هـ. انظر: طبقات المفسرين للداوودي ١/ ٣٨٥، وسير أعلام النبلاء ٦/ ١٤٠.

(٩) هو: الإمام أبو الحجاج مولى السائب بن أبي السائب المخزومي المكي المقرئ، ثقة إمام في التفسير وفي العلم، مات سنة ثلاث أو أربع ومائة وله ثلاث وثمانون سنة. انظر: تقريب التهذيب، ص٥٢٠، ومعرفة القراء الكبار ١/ ٦٦.

المزايدة إلا في الغنائم والمواريث[١].

أولاً: أدلة القائلين بجواز بيع المزايدة:

١ - الحديث: الذي رواه أنس بن مالك ونصه: «أن رجلاً من الأنصار جاء إلى النبي ﷺ يسأله فقال: (لك في بيتك شيء؟) قال: بلى حلس نلبس بعضه ونبسط بعضه وقدح نشرب فيه الماء، قال: (ائتني بهما) قال: فأتاه بهما، فأخذهما رسول الله ﷺ بيده ثم قال: (من يشتري هذين؟) فقال رجل: أنا آخذهما بدرهم، قال: (ومن يزيد على درهم؟) مرتين أو ثلاثاً، قال رجل: أنا آخذهما بدرهمين، فأعطاهما إياه وأخذ الدرهمين فأعطاهما الأنصاري...»[٢].

ووجه الاستدلال، قول النبي ﷺ: (من يزيد على درهم؟) فأعطى رجل درهمين، فباعهما يدل على جواز بيع المزايدة؛ لأنه ﷺ عرضهما للبيع فلم يجب على من أعطى درهما، وباعهما إلى من زاد على الدرهم، ولو كان مكروها لما باعه إلى من زاد.

---

(١) انظر: شرح صحيح مسلم للنووي ١٠/ ٣٩٨، وفتح الباري لابن حجر ٤/ ٤٤٨، ونيل الأوطار للشوكاني ص١٠٤٥ (في مجلد واحد)، و طرح التثريب في شرح التقريب: عبد الرحيم العراقي ٦/ ٩٣-٩٥.

(٢) رواه أبو داود في سننه، ٢/ ٢٩٢-٢٩٣، كتاب الزكاة، باب: ما يجوز فيه المسألة، رقم (١٦٤١)، والترمذي في سننه، ٢/ ٥٠٤-٥٠٥، كتاب البيوع، باب: ما جاء في بيع من يزيد، رقم (١٢١٨).
قال ابن حجر في التلخيص ٣/ ١٥ رقم ١١٦٥: أحمد وأبو داود عن أنس بنحوه مطولا، ورواه أبو داود أيضاً والترمذي والنسائي مختصراً، قال الترمذي: حسن لا نعرفه إلاَّ من حديث الأخضر بن عجلان عن أبي بكر الحنفي عنه، وأعلَّه ابن القطان بجهل حال أبي بكر الحنفي، ونقل عن البخاري أنه قال: لا يصح حديثه.
قال الألباني في تصنيف سنن أبي داود: ص٢٥٤ رقم ١٦٤١: حديث ضعيف.

مناقشة:

هذا الحديث ضعفه الأزدي بالأخضر بن عجلان[1]، ويجاب عنه بأن الحديث رواه أصحاب السنن، وقال الترمذي: حديث حسن، لا نعرفه إلا من حديث الأخضر بن عجلان عن عبد الله الحنفي، وقال في علله الكبير: سألت محمد بن إسماعيل (البخاري) عن هذا الحديث فقال: الأخضر بن عجلان ثقة، وأبو بكر الحنفي اسمه عبد الله، ولكن ابن القطان أعله بجهل حال أبي بكر الحنفي، ونقل عن البخاري أنه قال: لا يصح حديثه. وقال: لا أعرف أحدا نقل عدالته. وإنما حسّن الترمذي حديثه على عادته في قبول المشاهير، وقد روى عنه جماعة ليسوا من مشاهير أهل العلم، وهم: عبد الرحمن، وعبيدالله ابن شميط، وعمهما الأخضر بن عجلان، والأخضر وابن أخيه عبيد الله ثقتان، وأما عبدالرحمن فلا يعرف حاله[2]، فالحديث إذا ضعيف لا يحتج به.

٢- الآثار: عن الصحابة والتابعين:

(أ) ما وري عن عمر بن الخطاب: «شهدت عمر بن الخطاب باع إبلاً من إبل الصدقة فيمن يزيد)[3].

(ب) ابن سيرين[4] قال: (لا بأس ببيع المزايدة)[5].

---

(١) عمدة القاري: العيني ١١/ ٢٦٠.

(٢) تلخيص الحبير لابن حجر ٣/ ١٧، ونصب الراية للزيلعي ٤/ ٢٣.

(٣) المصنف لابن أبي شيبة ٦/ ٤٦٥ رقم (٣٢٩٦٧)، والمحلى لابن حزم ٨/ ٤٨٨.

(٤) هو: محمد بن سيرين البصري أبو بكر، شيخ المعبرين، ولد بالبصرة سنة٣٣هـ، إمام وقته في علوم الدين، شهد له أهل العلم والفضل بذلك، توفي سنة ١١٠هـ. انظر: سير أعلام النبلاء ٤/ ٦٠٦، والأعلام للزركلي ٦/ ١٥٤.

(٥) المصنف لابن أبي شيبة ٦/ ٤٦٥ رقم (٣٢٩٦٨)، وعقد بيع المزايدة بين الشريعة والقانون، بحث منشور في كتاب بحوث فقهية في قضايا معاصرة: محمد عثمان شبير ٢/ ٧٨٩-٧٩٥، والنجش والمزايدة والمناقصة والممارسة: رفيق يونس المصري: ص٥٩-٦٣.

٣- **الإجماع**: نقل الإجماع على جواز بيع المزايدة: ابن قدامة وابن عبد البر[(١)] وغيرهما.

فقال ابن قدامة: «وهذا - يعني بيع المزايدة - أيضاً إجماع المسلمين يبيعون في أسواقهم بالمزايدة»[(٢)].

٤- **الحاجة الماسة إليه**: فهو بيع الفقراء والمحتاجين ومن كسدت تجارته، فلو ترك الناس هذا البيع لما استطاع الفقراء أن يصلوا إلى حاجاتهم، ولو ترك الناس الزيادة في السلعة المعروضة لدخل على الباعة الضرر، قال الإمام مالك: «لا بأس بالسوم بالسلعة توقف للبيع، فيسوم بها غير واحد، قال ولو ترك الناس السوم عند أول من يسوم بها، أخذت بشبه الباطل من الثمن، ودخل على الباعة في سلعهم المكروه ولم يزل الأمر عندنا على هذا»[(٣)]؛ **أي بيع المزايدة قبل الركون**، وبنحوه فسره أبو حنيفة، وقال سفيان الثوري: معناه أن يقول عندي خير منه، وقال الشافعي: معناه أن يبتاع سلعة فيقبضها ولم يفترقا وهو مغتبطها فيأتيه من يعرض عليه سلعة أرشد أي أحسن منها فيفسخ بيع صاحبه؛ لأن الخيار قبل التفرق. ومذاهب الفقهاء في ذلك - بيع المزايدة- متقاربة[(٤)]، وذلك لما تقتضيه المصلحة المرسلة في هذا الفرع من البيوع.

---

(١) هو: يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي المالكي أبو عمر(٣٦٨-٤٦٣هـ): من كبار حفّاظ الحديث، انتهى إليه مع إمامته علو الإسناد، وكان عالماً بالقراءات والحديث والرجال، مؤرخ، أديب، بحّاثة، توفي بشاطبة، ومن كتبه: "التمهيد شرح الموطأ" و"جامع بيان العلم وفضله". انظر: طبقات الحفاظ (١/ ٤٣١) والأعلام (٨/ ٢٤٠).

(٢) المغني ٤/ ٢٣٦.

(٣) الموطأ مع تنوير الحوالك للإمام مالك ٢/ ١٧٠.

(٤) شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك: لمحمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني ٣/ ٤٣١.

ثانياً: أدلة القائلين بكراهة بيع المزايدة:

١ - ما رواه الإمام مسلم في صحيحه - بسنده - إلى أبي هريرة ﷺ: أن رسول الله ﷺ قال: (**لا يَسُمْ المسلم على سوم أخيه**)، وفي رواية قال: (**إن رسول الله نهى أن يستام الرجل على سوم أخيه**)، وفي لفظ: (**.. على سيمة أخيه**)[١].

ووجه الدلالة: أن النبي ﷺ نهى عن سوم المرء على سوم أخيه، وبيع المزايدة من قبيل السوم على سوم الغير، والنهي يحمل على الكراهة لا التحريم.

مناقشة:

القول بأن بيع المزايدة يدخل في النهي عن السوم على سوم الغير، غير مسلم لاختلاف بيع المزايدة عن بيع المستام، فبيع المستام المنهي عنه يكون بعد التراضي المبدئي على الثمن، وركون البائع إلى المشتري. أما بيع المزايدة فيكون قبل التراضي على الثمن،

وركون البائع إلى المشتري، وإلى هذا ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة[٢].

---

(١) رواه مسلم في صحيحه، ٢/ ١٠٣٣،كتاب النكاح، باب: تحريم الخطبة على خطبة أخيه. رقم (١٤١٣).

(٢) انظر: الهداية شرح بداية المهتدي المرغيناني ٣/ ٥٣، وفتح القدير: كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ٦/ ٤٧٧، والكفاية شرح الهداية على هامش فتح القدير: البابرتي ٦/ ٤٧٧، وتبيين الحقائق للزيلعي٤/ ٦٧، وحاشية ابن عابدين٥/ ١٠٢، والجوهرة النيرة لأبي بكر بن علي المعروف بالحدادي العبادي ١/ ٢٦٥، والقوانين الفقهية، ص٢٩٠، وبلغة السالك: أحمد بن محمد الصاوي ٢/ ٣٦، و أسهل المدارك شرح إرشاد السالك لأبي بكر حسن الكشناوي ٢/ ٢٤٩، وشرح الترمذي لابن العربي ٥/ ٢٤، وروضة الطالبين للنووي ٣/ ٣١٣، ومغني المحتاج للشربيني ٢/ ٣٧، ونهاية المحتاج للرملي ٣/ ٤٦٨، والمغني لابن قدامة ٤/ ٢٣٦، وكشاف القناع للبهوتي ٣/ ١٨٣.

قال الكاساني[١]: «وهذه الكراهة - أي في بيع المستام - إذا جنح البائع للبيع بالثمن الذي طلبه المشتري الأول، فإن لم يجنح له، فلا بأس للثاني أن يشتريه؛ لأن هذا ليس استياماً على سوم أخيه، فلا يدخل تحت النهي، ولانعدام معنى الإيذاء أيضاً، بل هو بيع ما يزيد، وأنه ليس بمكروه، لما روى أنس: أن رسول الله باع حلساً وقدحاً..»[٢].

٢ - ما رواه البخاري - بسنده - عن جابر[٣] بن عبد الله رضي الله عنهما: (أَنَّ رَجُلاً أَعْتَقَ غُلاماً لَهُ عَنْ دُبُرٍ فَاحْتَاجَ فَأَخَذَهُ النَّبِيُّ ﷺ فَقَالَ: (مَنْ يَشْتَرِيهِ مِنِّي) فَاشْتَرَاهُ نُعَيْمُ بْنُ عَبْدِالله بِكَذَا وَكَذَا..)[٤].

ووجه الاستدلال: أن النبي ﷺ عرض العبد المدبر للزيادة، ليستقصي فيه للمفلس الذي باعه عليه، فلم يزد على نعيم بن عبد الله أحد[٥]، فدلَّ على كراهة بيع المزايدة.

---

(١) هو: أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني ملك العلماء علاء الدين الحنفي، مدرس المدارس الحنفية بحلب، تفقه على محمد بن أحمد بن أبي أحمد السمرقندي المنعوت علاء الدين وقرأ عليه معظم تصانيفه مثل التحفة في الفقه وغيرها من كتب الأصول، وبرع في علم الأصول والفروع وصنف كتاب البدائع وهو شرح التحفة، توفي سنة سبع وثمانين وخمس مائة، ودفن داخل مقام إبراهيم الخليل بظاهر حلب. انظر: طبقات الحنفية ١/ ٢٤٤-٢٤٥.

(٢) بدائع الصنائع: للكاساني ٧/ ٣٢٢.

(٣) هو: جابر بن عبد الله بن عمرو بن حرام الأنصاري أبو عبد الله، شهد العقبة الثانية مع أبيه، وشهد مع النبي ﷺ ثمانية عشرة غزوة، وكان من المكثرين الحفاظ للسنن، وكف بصره في آخر عمره، توفي سنة ٧٨ هـ، وقيل: غير ذلك، وصلى عليه أبان بن عثمان بالمدينة وكان أميرها، وكان عمره ٩٤ سنة. الاستيعاب برقم ٢٩٦، والإصابة ١/ ٤٣٤، والطبقات الكبرى ٤/ ٣٨٢.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه، ٣/ ٢٤، كتاب البيوع، باب: بيع المزايدة، رقم ١٩٩٧، ومسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب: جواز بيع المدبر، رقم ٣١٥٥.

(٥) عمدة القاري للعيني ١١/ ٢٦٠، وفتح الباري ٥/ ٢٥٨، ونيل الأوطار ٥/ ١٩١.

مناقشة:

ليس في الحديث بيع المزايدة، فإن بيع المزايدة أن يعطي به واحد ثمناً، ثم يعطي به غيره[(١)].

٣- وما رواه الدارقطني وغيره عن سفيان بن وهب قال: (سمعت النبي ﷺ ينهى عن بيع المزايدة)[(٢)]، فهذا نص صريح في النهي عن بيع المزايدة، والنهي يحمل على الكراهة؛ لأنه قد يؤدي إلى إثارة الحقد والبغضاء.

مناقشة:

هذا الحديث عزاه الهيثمي في "مجمع الزوائد" للبزار، وكذا الحافظ ابن حجر[(٣)] في "فتح الباري"[(٤)]، وقد حسّنه الهيثمي[(٥)] في "مجمع الزوائد"[(٦)].

فهذا الحديث ضعيف؛ لأن في إسناده ابن لهيعة، وهو ضعيف كما ذكره ابن حجر في فتح الباري[(٧)].

---

(١) فتح الباري ٥/ ٢٥٨، ونيل الأوطار ٥/ ١٩١.

(٢) سنن الدارقطني ٣/ ١١، ومجمع الزوائد: علي بن أبي بكر بن سليمان الهيثمي ٤/ ٨٤.

(٣) هو: أحمد بن على بن محمد الشهير بابن حجر نسبته إلى آل حجر العسقلاني، مصري المولد والمنشأ والدار والوفاة، الشافعي المحدث الحافظ، قرأ عليه غالب علماء مصر، ورحل إليه الطلاب من الأمصار، له مصنفات من أهمها: "فتح الباري شرح صحيح البخاري" وغيرها كثير، توفي سنة ٨٥٢هـ. انظر: شذرات الذهب ٧/ ٢٧٠، والضوء اللامع ٢/ ٣٦، ومعجم المؤلفين ٢/ ٢٠.

(٤) فتح الباري ٤/ ٤١٥.

(٥) مجمع الزوائد ٤/ ٨٤.

(٦) مجمع الزوائد ١/ ٣٠-٥.

(٧) فتح الباري ٤/ ٤١٥، وانظر: سبل السلام: لمحمد بن إسماعيل الصنعاني ٣/ ٤٣. وقد ضعفه الألباني في (ضعيف الجامع الصغير) رقم الحديث ٦٠٥٥. المكتب الإسلامي - بيروت.

ثالثاً: من خصصوا بيع المزايدة بالغنائم والمواريث:

١- ما رواه أحمد والدار قطني من حديث ابن عمر قال: (نهى رسول الله ﷺ عن بيع المزايدة، ولا يبع أحدكم على بيع أخيه إلا الغنائم والمواريث)[١].

مناقشة: الحديث ضعيف؛ لأن في إسناده ابن لهيعة[٢].

الخلاصة:

هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أن بيع المزايدة بيع من البيوع الجائزة؛ لأن هذا النوع من البيع كان موجوداً في زمن النبي ﷺ، فلو كان غير جائز لنهى عنه النبي ﷺ، فعدم النهي يدل على الجواز، فيجوز بيع المزايدة في جميع أنواع البضائع، ولا يختص بغنيمة ولا ميراث.

أقسام بيع المزايدة:

قسّم رجال القانون بيع المزايدة باعتبار اختيار البائع لهذه الطريقة أو عدم اختياره إلى قسمين: مزايدة اختيارية، ومزايدة إجبارية.

كما قسموه باعتبار الطريقة التي تتم بها المزايدة (طريقة عرضه) إلى مزايدة علنية (طريقة عرض علنية)، ومزايدة سرية (طريقة عرض سرية).

أقسام بيع المزايدة باعتبار الاختيار وعدمه:

(أ) المزايدة الاختيارية: هي التي تقع باختيار البائع ورضاه للحصول على أعلى ثمن. فيطرح البائع سلعته على الأفراد في مزاد للحصول على أعلى ثمن.

(ب) المزايدة الإجبارية: هي التي تقع عن طريق الإدارة والأشخاص المعنوية كالقاضي أو السلطات الإدارية المختصة ببيع مال من ثبت إفلاسه بطريق المزايدة[٣].

---

(١) مسند الإمام أحمد بن حنبل ٢/ ٧١، وسنن الدارقطني ٣/ ١١، رقم (٢٨٠٢).

(٢) سبق الإشارة إليه في الصفحة السابقة.

(٣) الوسيط: د. السنهوري ١/ ٢٤١، ومصادر الالتزام في قانون التجارة الكويتي: د.عبد الفتاح عبد الباقي: ص١٢٠.

وهذا التقسيم لا يتعارض مع الشريعة الإسلامية، ذكر البكري: «من يريد البيع يدفع متاعه للدلال، فيطوف به، ثم يرجع إليه ويقول له: استقر سعر متاعك على كذا، فيأذن له في البيع بذلك القدر» [١]، وقديماً كان القاضي أو السلطان يلجأ إلى هذا النوع على من حجر على ماله لإفلاسه؛ وذلك كما تقرر القاعدة الشرعية: «تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة» [٢]؛ **لأنه يحقق المصلحة للمحتاج والمفلس، فإذا كانت المزايدة تحقق المصلحة للمحتاج أكثر من غيرها تعينت على الإمام أو القاضي**، ولابدَّ في بيع المفلس من دلال وأن يكون ثقة، جاء في المجموع: «إذا أراد - أي الحاكم - بيع مال المفلس فلابد من دلال، ولا يقبل إلاّ دلال ثقة» [٣].

وأما حديثاً فالقضاء هو الذي يتولى هذه المهمة في المحاكم الحسبية المختصة [٤] قروض البنوك وعروضهم، فإن تعذر على المقترض سداد قرضه وما عليه، حُوِّل ما ارتهنه إلى القضاء ليباع مزايدة.

أقسام بيع المزايدة من حيث طريقة عرضه (علنية وسرية):

(أ) **المزايدة العلنية**: هي التي تتم بطريق الزيادة في ثمن السلعة بصورة علنية، فالراغبون في شراء السلعة يحضرون إلى مكان البيع (المزاد)، ويزيد كل واحد على السعر الذي تقدم به غيره علناً، إلى أن يرسو المزاد على من تقدم بأعلى سعر.

(ب) **المزايدة السرية**: وهي ما تسمى طريقة المظاريف، وهذه الطريقة تأخذ بها الدوائر الحكومية والشركات وما شابهها، حيث يتم الإعلان في الجرائد المحلية عن البيع وتعيين

---

(١) إعانة الطالبين: لأبي بكر محمد الدمياطي البكري ٣/ ٢٥.

(٢) المنثور في القواعد للزركشي ١/ ٣٠٩.

(٣) المجموع شرح المهذب للنووي١٢/ ٣٠٤.

(٤) مصادر الحق: د. السنهوري ٢/ ٦١.

مواصفاتها ومكان تواجدها والأوقات التي يقبل فيها الراغبون في السلعة، ويحدد كذلك أجل عروض الأثمان للشراء، فمن أراد المشاركة يتقدم بعطاء عن طريق عرض مكتوب في ظرف مختوم بشكل جيد، ولا تفتح هذه المظاريف إلا في اليوم المحدد لفتح المظاريف، ثم يرسو المزاد على من تقدم بأعلى ثمن(١).

وهذا التقسيم لا يتعارض مع الشريعة الإسلامية، فالطريقة الأولى هي التي كانت معروفة في الماضي، أما الطريقة الثانية، فهي طريقة حديثة لبيع المزايدة، وكلتاهما لا تتصادم مع أي نص من نصوص الشريعة، فهي جائزة كما أن المزايدة جائزة.

أركان بيع المزايدة:

ذهب الحنفية إلى أن أركان البيع هي الصيغة فقط، أي: الإيجاب والقبول، بينما ذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن أركان البيع بشكل عام هي: الصيغة (الإيجاب والقبول) والعاقدان (البائع والمشتري) والمعقود عليه(٢).

الصيغة (الإيجاب والقبول) في بيع المزايدة:

من خلال النص السابق لابن جزي: «بيع المزايدة: أن ينادى على السلعة، ويزيد الناس فيها بعضهم على بعض، حتى تقف على آخر زائد فيها، فيأخذها»(٣)، يظهر أن إجراءات بيع المزايدة هي:

١- تعريف السلعة، والمناداة بثمن مبدئي من قبل البائع أو الدلال، أو ممن يعرف قيمة السلع.

---

(١) النظرية العامة للالتزام: د. إسماعيل غانم ١/ ١٣٠.

(٢) البناية شرح الهداية للعيني ٨/ ٣، وتبيين المسالك: عبد العزيز الإحسائي ٣/ ٢٧٠، ومغني المحتاج ٢/ ٦، والمغني ٤/ ٥٠٤.

(٣) قوانين الأحكام الشرعية لابن جزي: ص٢٩٠.

٢- الزيادة على الثمن المبدئي، أو التقدم بعطاء من أحد المشترين.

٣- توقف المناداة ليرسو المزاد على آخر زائد.

وقد ذهب فقهاء الشريعة إلى أن المناداة على السلعة بثمن مبدئي لا تعتبر داخلة في الإيجاب والقبول، وإنما هي دعوة للتعاقد والثمن المذكور ليس إلا رقماً تبدأ به المزايدة.

جاء في منح الجليل: «أن استفتاح الثمن لدلال ليبني عليه في المناداة جائز، لئلا يستفتح من يجهل القيمة بسوم قليل فيتعب الدلال»[١].

أما إجراءات بيع المزايدة فتبدأ بالتقدم بعطاءٍ من أحد المشترين وتتم برسو المزاد على آخر زائد، وهذا هو الإيجاب والقبول في بيع المزايدة.

وإلى هذا ذهبت القوانين المدنية فاعتبرت افتتاح المزايدة بثمن مبدئي دعوة إلى التعاقد وليس إيجاباً، والإيجاب والقبول يتمثلان في التقدم بعطاء ورسو المزاد[٢].

ما يتمثل به كل من الإيجاب والقبول في بيع المزايدة:

اختلف القائلون بإباحة بيع المزايدة فيما يتمثل به كل من الإيجاب والقبول، فهل الإيجاب يتمثل في التقدم بعطاء أو في رسو المزاد؟[٣].

وهذا الاختلاف مبني على الاختلاف في معنى الإيجاب والقبول، فقد ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة[٤] إلى أن الإيجاب ما يصدر من البائع دالا على رضاه بالتعاقد، سواء أصدر أولاً أم لا. والقبول هو ما يصدر من جهة المشتري دالاً على رضاه بالتعاقد، سواء أصدر أولاً أم لا.

---

(١) منح الجليل: محمد بن أحمد بن محمد عليش ٢/ ٥٧٣.

(٢) الوسيط للسنهوري ١/ ٢٤٢-٢٤٤، والنظرية العامة للالتزام: إسماعيل غانم ١/ ١٣٠.

(٣) مصادر الحق في الفقه الإسلامي للسنهوري ٢/ ٤٥.

(٤) مواهب الجليل لمحمد الحطاب ٤/ ٢٢٨، ومغني المحتاج للشربيني ٢/ ٣، وكشاف القناع للبهوتي ٣/ ١٤٦.

وبناء على رأي الجمهور يكون الإيجاب في بيع المزايدة يتمثل في رسو المزاد، والقبول يتمثل في التقدم بعطاء. جاء في مواهب الجليل: «إن فارق المشتري البائع - في بيع المساومة - دون إيجاب، لم يلزمه بعد ذلك، بخلاف بيع المزايدة، يلزمه ما أعطى بعد الافتراق، لأن المشتري إنما فارقه في المزايدة على أنه استوجب البيع»[1] فقد عبّر عن رضا البائع بالإيجاب، مع أنه يصدر ثانياً بعد التقدم بعطاء من المشتري.

وذهب الحنفية[2] إلى أن الإيجاب: ما يصدر أولاً من تعبير أحد المتعاقدين الدال على رضاه بالتعاقد، سواء صدر من جانب البائع أو المشتري، والقبول: ما يصدر ثانياً من تعبير أحد المتعاقدين الدال على رضاه بالتعاقد وموافقته لإيجاب الموجب، سواء كان هذا التعبير صادراً من البائع أو المشتري.

وبناء على رأي الحنفية، فإن الإيجاب في بيع المزايدة يتمثل في التقدم بعطاء، والقبول يتمثل في رسو المزاد.

وقد أخذت القوانين المدنية المعاصرة بمسلك الحنفية، فيكون التقدم بعطاء إيجاباً، ورسو المزاد قبولاً[3].

مسقطات بيع المزايدة:

يسقط بيع المزايدة بأمور:

الأول: أن يتقدم شخص آخر بعطاء أزيد، وللمالكية رأيان:

الرأي الأول: العطاء السابق لا يسقط بالعطاء اللاحق، فمن تقدم بعطاء يلتزم به ولا يسقط عنه عطاؤه، حتى ولو زاد عليه غيره، فيبقى عطاؤه قائماً ملزماً، وكذلك ينتقل

---

(١) مواهب الجليل ٤/ ٢٣٨.

(٢) فتح القدير لابن الهمام ٦/ ٢٤٨.

(٣) الوسيط للسنهوري ١/ ٢٤٢، والنظرية العامة للالتزام: إسماعيل غانم ١/ ١٣٠.

اللزوم إلى المتقدم بالعطاء الأعلى مع مشاركة الأول له في هذا اللزوم، ولصاحب السلعة أن يلزم أياً من المزايدين بعطائه وإلى هذا ذهب ابن رشد[١].

الرأي الثاني: العطاء السابق يسقط بالعطاء اللاحق، فمن تقدم بعطاء، ثم زاد عليه غيره سقط عطاء السابق، وبقي العطاء اللاحق وحده هو العطاء الملزم[٢]، وإلى هذا ذهب الأبياني من المالكية[٣].

الثاني: أن ينتهي مجلس المزايدة دون أن يرسو المزاد على أحد: وللمالكية آراء فمنهم من ذهب إلى:

١ – أن العطاء يسقط بانتهاء مجلس المناداة لتلك السلعة: كأن يوقف المناداة ويترك المكان دون أن يرسو المزاد على أحد، أو ينتقل إلى المناداة على سلعة أخرى دون أن يرسو المزاد على أحد، وذهب إلى هذا القول ابن رشد، ورجحه المازري[٤].

٢ – أن العطاء لا يسقط بانتهاء المجلس في بيع المزايدة، فيلزم المشتري البيع بعد الافتراق، وهو ما ذهب إليه ابن حبيب[٥]، وللباجي تفصيل في ذلك وجعل الخيار للحاكم في إسقاط العطاء أو عدم إسقاطه في بيع أموال المفاليس وأهل الميراث الإجبارية.

---

(١) مواهب الجليل ٤/ ٢٣٨.

(٢) بتصرف من مصادر الحق: د. السنهوري ٢/ ٦٨.

(٣) مواهب الجليل ٤/ ٢٣٨.

(٤) المرجع السابق ٦/ ٢٦.

والمازري: هو محمد بن على بن عمر التميمي، والمازري أصله من صقلية، أفقه أهل عصره في الفقه المالكي صاحب المعلم بشرح مسلم، توفي سنة (٥٣٦ هـ/ ١١٤١م). انظر: الديباج المذهب ٢/ ٢٥٠، وشذرات الذهب ٤/ ١١٤.

(٥) إلا أن الفقهاء اعتبروا الحاكم بين الأقوال السابقة هو عرف الناس، فإن جرى على أن العطاء في بيع المزاد يبقى ملزماً لصاحبه دون أن يرسي عليه المزاد حتى بعد انقضاء مجلس المناداة يعمل به. انظر: مواهب الجليل ٦/ ٢٦.

جاء في المنتقى: «وقد استحب مالك للسلطان فيما بيع على مفلس أو ميت أن يتأني ثلاثا، عسى بزائد أن يزيد، وفي بيع العقار ينادى عليه الشهرين والثلاثة بصفته ونعته وتسمية ما فيه، فإذا بلغ منتهاه على أحد أستأذناه ثلاثا قبل الإيجاب - أي قبل إرساء المزاد - يكون فيه الخيار لا للمبتاع، فإن زيد عليه قبله وإلا لزمه، فإذا أوجبه - أي أرسى المزاد - ثم جاء من يزيد لم تقبل زيادته»[١].

الثالث: إذا توقف النداء على السلعة هل يلزم البائع بإرساء المزاد ؟ يختلف توقف المناداة على السلعة وفق أحوال ثلاثة:

الأولى: إذا تولى المناداة البائع نفسه، ففي هذه الحالة له الخيار في إرساء المزاد، وهذا ما ذكره ابن رشد من المالكية[٢].

الثاني: إذا تولى الدلال المناداة فلا يتم العقد حتى يستشار صاحب السلعة كما ذكر عن الحنفية والمالكية[٣]؛ أي أن صاحب السلعة في الحالتين السابقتين هو صاحب القرار إلاَّ إذا فوّض صاحب السلعة الدلال بالقبول.

الثالث: إذا كان الداعي هو الحكومة أو القاضي أو الحاكم، كما في حالة بيع أموال الدول أو بيع المفاليس،فلا يتم إلا بإذن الجهة القائمة. وهذا ما ذهب إليه ابن القاسم من المالكية[٤].

الرابع: هل البائع ملزم بإرساء المزاد على أعلى عطاء. يرى المالكية أن جهة البيع غير ملزمة بهذا ولها أن ترسي العطاء على من تشاء؛ كأن لا يثق البائع بصاحب العطاء الأكبر،

---

(١) المنتقى شرح موطأ مالك للباجي ٥/ ١٠١.

(٢) مواهب الجليل ٦/ ٢٦-٢٧.

(٣) الفتاوى الهندية ٣/ ٢١٠، و مواهب الجليل ٦/ ٢٦-٢٧.

(٤) مواهب الجليل ٤/ ٢٣٨.

أو كونه لا يرغب في التعامل مع هذا الشخص[١].

الخامس: هل يجوز للبائع بعد الرسو، أن يرجع عن بيعه مادام في المجلس؟ وهذا ما يسمى بخيار المجلس، في ذلك انقسم أهل العلم إلى قسمين: القسم الأول: أمضوا خيار المجلس وألزموه في عقد المزايدة وهم الشافعية والحنابلة والظاهرية[٢].

واستدلوا بالحديث: **(البيعان بالخيار ما لم يتفرقا)**[٣]، فحملوا هذا التفرق على تفرق الأبدان لا التفرق بالأقوال.

وفيما يتعلق ببيع المزايدة، قال الشافعية والحنابلة[٤]، بعدم تخصيص بيع المزايدة بأحكام خاصة في خيار المجلس، فيثبت للبائع خيار المجلس بعد إرساء المزاد، وله أن يرجع مادام في المجلس، ومقتضى هذا الخيار يعطي للبائع الخيار بعد إرساء المزاد، فيجوز له الرجوع عن البيع إذا زاد طرف ثالث، ويستمر هذا الخيار إلى نهاية المجلس والتفرق فإن تفرقا لزم البيع.

والقسم الثاني لم يمضوه[٥]، وهم الحنفية والمالكية، وذهبوا إلى أن خيار المجلس باطل، وإذا حصل الإيجاب والقبول لزم العقد وإن لم يتفرقا من المجلس، واحتجوا بقوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾[٦]. و قوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا

---

(١) مواهب الجليل ٤/ ٢٣٧.

(٢) منهاج الطالبين ٢/ ٦٠، والمغني ٤/ ٧، والمحلى ٧/ ٢٣٣، و مواهب الجليل ٤/ ٢٣٨.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب: إذا لم يوقّت في الخيار هل يجوز، رقم ٢١٠٩، ومسلم في صحيحه، كتاب البيع، باب: ثبوت خيار المجلس للمتبايعين، رقم ١٥٣١.

(٤) حاشية قليوبي ٢/ ١٨٩، ومغني المحتاج ٢/ ٤٣، والمغني ٣/ ٥٦، ونيل الأوطار،ص١٠٤٥، وفتح الباري٥/ ٢٣٠.

(٥) الهداية للمرغيناني ٣/ ٢١، وفتح القدير لابن الهمام ٦/ ٥٨، والقوانين الفقهية لابن جزي: ص١٨٠، وحاشية الشرح الكبير للدسوقي ٣/ ١٩١.

(٦) سورة المائدة، من الآية [١].

تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[(١)]، ودلالة الآية أن التجارة بالإيجاب والقبول وليس بالتفرق عن مجلس العقد.

وأما الحديث «**البيعان بالخيار ما لم يتفرقا**» فالمقصود به التفرق بالأقوال لا التفرق بالأبدان، ولكن فيما يتعلق ببيع المزايدة فهناك كلام عند الحنفية والمالكية [(٥)]: يذهب هؤلاء به إلى أن البائع إذا أرسى المزاد على صاحب العطاء فلا يجوز له الرجوع عنه، حتى ولو تقدم مزايدٌ آخرُ ـ بعد إرساء المزاد ـ بعطاء أكبر.

المسألة الثالثة: بيع العُربون:

تعريف بيع العُربون:

العُرْبون والعَرَبون والعُرْبان كله صحيح اللفظ، وفيه لغات أخرى[(٣)].

والعَرْبون: لحن لم تتكلم به العرب[(٤)]، وذكر صاحب الصحاح[(٥)] أنه عند العامة بلفظ «ربون».

يقال: أعرب في كذا، وعَرَّب، وعَرْبَن، وهو عُرْبانٌ، وعُرْبُون، وعَرْبُون؛ وقيل: سُمي بذلك لأن فيه إعراباً لعقد البيع، أي إصلاحاً وإزالة فساد، لئلا يملكه غيره باشترائه[(٦)].

وقال بعض العلماء: وأصله التقديم والتسليف[(٧)]، فالعربون بهذا المعنى هو الدفعة المقدمة (المعجلة)، يقال: اشترى داراً بأربعة آلاف، وأعرب فيها أربعمائة، أي: أسلف.

---

(١) سورة النساء، من الآية [٢٩].

(٢) مواهب الجليل ٤/ ٢٣٨.

(٣) المجموع للنووي٩/ ٤٠٧، وتهذيب الأسماء واللغات للنووي ٢/ ٦، مادة (أرب).

(٤) حاشية قليوبي ٢/ ١٨٦.

(٥) الصحاح للجوهري ٦/ ٢١٦٤، مادة (عربن).

(٦) النهاية لابن الأثير ٣/ ٢٠٢، ولسان العرب ١/ ٥٩٢، وعون المعبود للعظيم آبادي ٩/ ٣٩٨.

(٧) نهاية المحتاج للرملي ٣/ ٤٥٩.

تعريف العربون في الاصطلاح:

أن يشتري الرجل (أو يستأجر) السلعة، ويدفع للبائع (أو المؤجر) مبلغاً من المال، على أنه إذا تم البيع (أو الإجارة) يكون ذلك المبلغ محسوباً من الثمن (أو الأجرة)، وإن تركها، كان ما دفعه ملكاً للبائع (أو المؤجر)، وهذا التفسير اتفق عليه جميع الفقهاء.

قال مالك في الموطأ: «وذلك - أي بيع العربون - فيما نرى، والله أعلم، أن يشتري الرجلُ العبدَ، أو الوليدةَ، أو يتكارى الدابة، ثم يقول للذي اشترى منه: أو تكارى منه أعطيتك ديناراً أو درهماً، أو أكثر من ذلك، أو أقل، على أني إن أخذت السلعة، أو ركبت ما تكاريت منك، فالذي أعطيك هو من ثمن السلعة، أو من كراء الدابة، وإن تركت ابتياع السلعة، أو كراء الدابة، فما أعطيتك لك باطل بدون شيء»(١).

وقال ابن قدامة: «والعربون في البيع هو أن يشتري السلعة، فيدفع إلى البائع درهماً، أو غيره على أنه إن أخذ السلعة احتسب من الثمن، وإن لم يأخذها، فذلك للبائع»(٢).

وقال المرتضى: «بيع العربون هو دفع الشيء إلى البائع على أنه إن تم البيع فمن الثمن، وإلا فهبة»(٣).

وقال الرملي(٤): «بيع العربون أن يشتري سلعة، ويعطيه دراهم مثلاً، وقد وقع الشرط في صلب العقد على أنه إنما أعطاه لتكون من الثمن، إن رضي السلعة، وإلا فهبة»(٥).

---

(١) الموطأ بهامش المنتقى، لمالك بن أنس ٤/ ١٥٧.

(٢) المغني ٤/ ٢٨٩.

(٣) البحر الزخار لابن المرتضى ٣/ ٢٩٥.

(٤) هو: أحمد بن حسين بن حسن بن علي بن أرسلان، أبو العباس شهاب الدين الرملي(٧٧٣-٨٤٤هـ)، فقيه شافعي، ولد بالرملة (بفلسطين) وانتقل في كبره إلى القدس، فتوفي بها، وكان زاهداً متهجداً، له: "الزبد" منظومة في الفقه، و"شرح سنن أبي داود" و"طبقات الشافعية"وغيرها. شذرات الذهب ٧/ ٢٤٨، والأعلام ١/ ١١٧.

(٥) نهاية المحتاج للرملي ٣/ ٤٥٩.

وقد نقل صاحب لسان العرب عن أحد العلماء: «الإعراب في البيع أن يقول الرجل للرجل: إن لم آخذ هذا البيع بكذا فلك كذا وكذا من مالي» (١)، ففي هذا التعريف تركيز على الجزء المهم من العربون، وهو دفع المشتري مالاً للبائع إن لم يقع البيع.

تكييف بيع العربون:

يتبين من تعريف بيع العربون، أنه بيع مستوف لجميع شروطه، يثبت فيه الخيار للمشتري - وهذا الخيار يثبت بالشرط ولا يثبت تلقائياً، إذا لم ينص فيه لا يثبت - فإذا أمضى المشتري البيع كان العربون جزءاً من الثمن، وإذا رد البيع فَقَدَ العربون،فهو خيار شرط يقابله مال في حال الرد، وهذا الخيار للمشتري وحده، أما البائع فإن البيع لازم بالنسبة له، لا يستطيع رده، كما يتبين أيضاً أنه خيار غير محدد بزمن(٢).

قال بعض الحنابلة: «لابد أن تقيد فترة الانتظار بزمن محدد، وإلا فإلى متى ينتظر البائع؟!»(٣).

مشروعية بيع العربون:

اختلف العلماء قديماً وحديثاً في حكم بيع العربون، واتجهوا في ذلك اتجاهين: اتجاه المانعين وهم الجمهور، واتجاه المجيزين وهم الحنابلة.

المانعون:

أما الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية وأبو الخطاب من الحنابلة فقالوا: إنه عقد ممنوع غير صحيح، فاسد عند الحنفية، باطل عند غيرهم، وهو قول ابن عباس

---

(١) لسان العرب ١/ ٥٩٢.

(٢) بيع العربون، بحث للدكتور الصديق محمد الأمين الضرير، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١/ ٦٤٨ العدد الثامن.

(٣) غاية المنتهى للمقدسي ٢/ ٦٢، والفقه الإسلامي للزحيلي ٤/ ٤٤٨، وانظر: المغني ٤/ ٥٨، وكشاف القناع للبهوتي ٣/ ١٩٥.

والحسن البصري[١].

وبيع العُربون مفسوخ عند المالكية، قال القرطبي: «وبيع العربون مفسوخ إذا وقع على هذا الوجه، قبل القبض وبعده، وترد السلعة إن كانت قائمة، فإن فاتت رد قيمتها يوم قبضها»[٢].

وجاء في القوانين الفقهية لابن جزي ما نصه: النوع الثالث من البيوعات الفاسدة بيع العربان، وهو ممنوع إن كان، على ألا يَرُدَّ البائع العربان إلى المشتري، إذا لم يتم البيع بينهما، فإن كان على أن يرده إليه إذا لم يتم البيع، فهو جائز[٣].اهـ.

أدلة المانعين وحججهم:

١ - استدلوا بحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: (نهى النبي ﷺ عن بيع العُرْبان)[٤]، قال الشوكاني: «الحديث منقطع، لأنه من رواية مالك أنه بلغه عن عمرو بن شعيب، ولم يدركه، فبينهما راوٍ لم يُسَمَّ»[٥].

٢ - ما رواه أحمد والنسائي وأبو داود ومالك في الموطأ عن حديث عمرو بن شعيب، في النهي عن بيع العربون، قال الشوكاني: «حديث عمرو بن شعيب قد ورد من طرق

---

(١) بداية المجتهد لابن رشد ٢/ ١٦١، الشرح الكبير للدردير ٣/ ٦٣، والقوانين الفقهية لابن جزي ص٢٥٨، ومغني المحتاج للخطيب الشربيني ٢/ ٣٩، وشرح المجموع للنووي ٩/ ٣٦٨، والمغني لابن قدامة ٤/ ٢٢٣، والمنتقى على الموطأ للباجي ٤/ ١٥٧، والفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي ٤/ ٤٤٩.

(٢) الجامع لأحكام القرآن تفسير القرطبي ٥/ ١٥٠، وانظر: المنتقى للباجي ٤/ ١٥٧.

(٣) القوانين الفقهية لابن جزي: ص٢٥٨-٢٥٩.

(٤) حديث منقطع رواه مالك في الموطأ ٢/ ٦٠٩، وأحمد في مسنده ١١/ ١٣، وأبو داود في سننه ٣/ ٣٨٤، وابن ماجه ٢/ ٧٣٨، والبيهقي ٥/ ٣٤٢، وضعفه ابن حجر في تلخيص الحبير ٣/ ١٧.

(٥) نيل الأوطار٥/ ١٧٣، وانظر: عون المعبود ٩/ ٣٩٩ و٤٠١، والمجموع للنووي ٩/ ٤٠٦، وتفسير القرطبي ٥/ ١٥٠.

يقوي بعضها بعضاً"[١].

٣- تقديم الحظر على الإباحة، عند التعارض، قال الشوكاني: «ولأنه - حديث عمرو ابن شعيب- يتضمن الحظر، وهو أرجح من الإباحة، كما تقرر في الأصول»[٢].

٤- قوله ﷻ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ﴾[٣]، وأخذ العُربون هو أكل لأموال الناس بالباطل[٤].

٥- ما قاله ابن قدامة: «لأنه شرط للبائع شيئاً بغير عوض، فلم يصح كما لو شرطه لأجنبي، ولأنه بمنزلة الخيار المجهول، فإنه اشترط أن له رد المبيع من غير ذكر مدة، فلم يصح، كما لو قال: ولي الخيار متى شئت رددت السلعة ومعها درهم»[٥] اهـ.

٦- لا يصح جعل العربون عوضاً عن انتظار البائع، وتأخير بيع السلعة من أجل المشتري، لأنه لو كان عوضاً عن ذلك لما جاز جعله من الثمن في حال الشراء؛ لأن الانتظار بالبيع لا تجوز المعاوضةُ عنه، ولو جازت لوجب أن يكون معلوم المقدار، كما في الإجارة[٦].

٧- فيه غرر، لأنه إذا اشترى كَسِبَ العربون (باحتسابه من الثمن)، وإذا ترك خسر العربون[٧].

---

(١) نيل الأوطار ٥/ ١٧٣.

(٢) المصدر السابق، الموضع نفسه.

(٣) سورة النساء، الآية [٢٩].

(٤) مقدمات ابن رشد ٢/ ٢٢٢، والخرشي على خليل ٥/ ٧٨، وتفسير القرطبي ٥/ ١٥٠، والمنتقى للباجي ٤/ ١٥٧، والمجموع للنووي ٩/ ٤٠٨، وعون المعبود ٩/ ٤٠٠.

(٥) المغني لابن قدامة ٤/ ٥٨.

(٦) المغني ٤/ ٥٩ و٢٨٩، وكشاف القناع للبهوتي ٣/ ١٩٥.

(٧) مقدمات ابن رشد ٢/ ٢٢٢، والخرشي على خليل ٥/ ٧٨، والمنتقى للباجي ٤/ ١٥٧، وتفسير القرطبي ٥/ ١٥٠، والمجموع للنووي ٩/ ٤٠٨، وعون المعبود ٩/ ٣٩٩.

٨- هو بمنزلة الخيار المجهول، فإن اشترط أن له رد المبيع من غير ذكر مدة، فلم يصح، كما لو قال: ولي الخيار متى شئت رددت السلعة ومعها درهم[١].

٩- لا يصح بيع العربون لأن فيه شرطين فاسدين: أحدهما: شرط الهبة، والثاني: شرط الرد على تقدير أن لا يرضى[٢].

١٠- فيه شرط شيء للبائع بغير عوض، فلم يصح[٣].

المجيزون:

أجاز بيع العربون من الصحابة: عمر وابنه عبد الله رضي الله عنهما، ومن التابعين: مجاهد، وابن سيرين، وابن المسيب، ونافع بن عبد الحارث، وزيد بن أسلم.

ومن الأئمة: أحمد بن حنبل. ومن المعاصرين: زكي الدين شعبان[٤]، ومصطفى الزرقاء[٥]، ووهبة الزحيلي[٦]، والقرضاوي[٧]، والسنهوري[٨]، وأبو رخية[٩].

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/ ٥٨-٥٩، والفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي ٤/ ٤٤٩.

(٢) مغني المحتاج للشربيني ٢/ ٣٩، وحاشية الجمل على المنهج للأنصاري ٣/ ٧٢، وعون المعبود ٩/ ٤٠٠-٤٠١، ونيل الأوطار للشوكاني ٥/ ١٧٣، والفقه الإسلامي للزحيلي ٤/ ٤٤٩.

(٣) المغني ٤/ ٥٨.

(٤) نظرية الشروط، لزكي الدين شعبان: ص١٥٧.

(٥) المدخل الفقهي العام، لمصطفى الزرقاء ١/ ٤٩٥.

(٦) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي ٤/ ٤٥٠.

(٧) شريعة الإسلام للقرضاوي: ص١١٤.

(٨) مصادر الحق في الفقه الإسلامي للسنهوري ٢/ ٩٦.

(٩) حكم العربون في الإسلام لماجد أبو رخية: ص٢٣.

أدلة المجيزين وحججهم:

١ - أما الحنابلة في ظاهر الرواية عن الإمام أحمد فقالوا: لا بأس به، وهو عقد صحيح[١]، ودليلهم: ما أخرجه عبد الرزاق في مصنفه من حديث زيد بن أسلم أنه: (سئل رسول الله ﷺ عن العربان في البيع، فأحله)[٢]، والحنابلة - من دون سائر المذاهب الأخرى- قد أجازوا بيع العربون، ومذهبهم في الشروط أوسع من المذاهب الأخرى، ففي إعلام الموقعين: «(**المسلمون عند شروطهم، إلاَّ شرطاً أحلَّ حراماً، أو حرَّم حلالاً**). "وتعليق العقود والفسوخ والتبرعات والالتزامات وغيرها بالشروط أمر قد تدعو إليه الضرورة أو الحاجة أو المصلحة، فلا يستغني عنه المكلف"»[٣].

وذكر البخاري في صحيحه عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: (مقاطع الحقوق عند الشروط، ولك ما شرطت)[٤].

وقال في كتاب الحارث: (وعامل عمر الناس على أنه إن جاء عمر بالبذر من عنده فلهم الشرط، وإن جاؤوا بالبذر فلهم كذا، وهذا صريح في جواز: «إن خطته اليوم فلك كذا، وإن خطته غداً فلك كذا»، وفي جواز «بعتكه بعشرة نقداً أو بعشرين نسيئة»، فالصواب جواز ذلك كله، للنص والآثار والقياس، والمقصود أن للشروط عند الشارع شأناً ليس عند كثير من الفقهاء، فإنهم يلغون شروطاً لم يُلغها الشارع، ويفسدون بها العقد من غير مفسدة

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/ ٢٣٢ وما بعدها، وغاية المنتهى للشيخ مرعي بن يوسف٢/ ٢٦، وإعلام الموقعين لابن القيم، ٣/ ٤٠٠ وما بعدها..

(٢) حديث مرسل، وفي إسناده إبراهيم بن أبي يحيى، وهو ضعيف. انظر: نيل الأوطار للشوكاني٥/ ١٥٣.

(٣) إعلام الموقعين ٣/ ٣٨٧.

(٤) صحيح البخاري ٢/ ٩٧٠، كتاب: الشروط، باب: الشروط في المهر.

تقتضي فساده، وهم متناقضون في ما يقبل التعليق بالشروط من العقود وما لا يقبله، فليس لهم ضابط مطرد منعكس يقوم عليه، فالصواب الضابط الشرعي الذي دلَّ عليه النص أن كل شرط خالف حكم الله وكتابه فهو باطل، وما لم يخالف حكمه فهو لازم»)[١].

٢- عدم ثبوت النهي عن بيع العربون[٢]، وقد ضعَّف الإمام أحمد الحديث المروي في بيع العربان، كما تقدم في تخريجه.

٣- فعله عمر رضي الله عنه، بدليل ما روي عن نافع بن عبد الحارث: (أنه اشترى لعمر دار السجن من صفوان بن أمية بأربعة آلاف درهم)، فإن رضي عمر، كان البيع نافذاً، وإن لم يرض فلصفوان أربعمائة درهم، قال الأثرم: «قلت لأحمد: تذهب إليه؟ قال: أي شيء أقول؟ هذا عمر رضي الله عنه»[٣].

٤- وأجاز بيع العربون والشرط فيه مجاهد، وزيد بن أسلم، وقال ابن عمر: (وكان زيد يقول: أجازه رسول الله)[٤].

٥- روي عن ابن سيرين وسعيد بن المسيب: لا بأس إذا كره السلعة أن يردَّها، ويردَّمعها شيئاً. وقال أحمد: هذا (أي العربون) في معناه[٥].

٦- وذكر الإمام أحمد أن محمد بن مسلمة الأنصاري اشترى من نبطي حزمة حطب، واشترط عليه حملها إلى قصر سعد، واشترى عبدالله بن مسعود جارية من امرأته،

---

(١) إعلام الموقعين لابن القيم ٣/ ٣٩٩-٤٠٢.

(٢) قليوبي وعميرة ٢/ ١٨٦، والمجموع للنووي ٩/ ٤٠٦، وعون المعبود للعظيم آبادي، ٩/ ٣٩٩، ونيل الأوطار للشوكاني ٥/ ١٧٣.

(٣) المجموع للنووي ٩/ ٤٠٨، والمغني لابن قدامة ٤/ ٥٩ و٢٨٩، وإعلام الموقعين لابن القيم، ٣/ ٣٨٩ و٤٠١.

(٤) المغني ٤/ ٥٨ و٢٨٩.

(٥) المغني لابن قدامة، ٤/ ٥٨ و٢٨٩، ومطالب أولي النهى للرحيباني ٣/ ٧٧.

وشرطت عليه: أنه إن باعها، فهي لها بالثمن. وفي ذلك اتفاقهما على صحة البيع والشرط، ذكره الإمام أحمد وأفتى به[١].

الترجيح:

يتضح لنا من خلال هذا الترجيح أثر المصلحة المرسلة في بيع العُربون:

* رجّح الشوكاني رأي الجمهور، للنهي الوارد في حديث عمرو بن شعيب، فقال: «حديث عمرو بن شعيب قد ورد من طرق يقوّي بعضُها بعضاً»؛ ولأنه حديث يتضمن الحظر، وهو أرجح من الإباحة كما تقرر في علم الأصول[٢].

* ويرى بعض العلماء المعاصرين الأخذ بمذهب الحنابلة وبعض السلف من الصحابة والتابعين في جواز العربون في البيع والإجارة، على أن يكون الخيار في الإمضاء والنكول مقيداً بمدة معلومة، إذ لم يثبت نص في النهي عنه، والأصل في المعاملات الإباحة، وهو عام في الأعراف الحديثة، والمصلحة داعية إليه. وتقييد الخيار بمدة معلومة هو ما ذهب إليه بعض الحنابلة، وهو ما عليه أيضاً القوانين الوضعية الحديثة[٣].

* «وهو قول صحابي وافقه عليه آخرون، واتجاه كبار التابعين من فقهاء المدينة. ولحاجة الناس إليه ليكون العقد ملزماً ووثيقة ارتباط عملية، بالإضافة إلى الأوامر الشرعية بالوفاء بالعقود في قوله ﷻ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾[٤]، وبخاصة

---

(١) أعلام الموقعين لابن القيم، ٣/ ٤٠١.

(٢) نيل الأوطار: ٥/ ١٥٣.

(٣) بيع العربون بحث للدكتور رفيق المصري، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، د٨، ع٨، ج١، ١٤١٥هـ/ ١٩٩٤م: ص٤٣.

(٤) سورة المائدة، من الآية [١].

حيث كثر التحلل من الالتزامات من غير سبب ولا تراض بين الطرفين لفسخ العقد بالإقالة، ودفعاً للضرر عن البائع الذي قد تفوته فرصة أخرى ببيع سلعته.

* ولأن واقعة شراء دار صفوان سمع بها الصحابة واطلعوا عليها ولم ينكروها، وهي واضحة في استحقاق البائع مبلغ العربون، ومثله الإجارة، سواء دفع العربون سلفاً أو لم يدفع؛ لأن المشتري أو المستأجر الناكل إنما التزم بدفع العوض، ويصبح ديناً في ذمته، فيستحقه البائع أو المؤجر استحقاقاً شرعياً سليماً.

* ولأن المشتري اشترط على نفسه بدفع العربون وإقراره، وتعارف الناس على استحقاق البائع ما دفعه له إن نكل عن البيع، وقد روى البخاري عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: (مقاطع الحقوق عند الشروط ولك ما شرطت)، وقال البخاري في باب الشروط في القرض: وقال ابن عمر وعطاء: (إذا أحله في القرض جاز)[(١)].

* ولأن الأحاديث الواردة في شأن بيع العربون لم تصح عند الفريقين.

* وليس العربون أكلاً لأموال الناس بالباطل، وإنما هو في مقابل ضرر التعطل والانتظار، وتفويت الفرصة في صفقة أخرى، بل هو مشروط سلفاً.

* وليس في البيع غرر؛ لأن المبيع معلوم والثمن معلوم، والقدرة على التسليم متوفرة، أما الغرر الناشئ عن احتمال نكول المشتري عن الشراء فلا يضر؛ لأن البائع يحسب حساب هذا الاحتمال، ولأن هذا الأمر موجود في الخيارات، كخيار الشرط وخيار الرؤية ونحوهما»[(٢)].

---

(١) نيل الأوطار: ٣/ ٤٠٠

(٢) بيع العربون، بحث للدكتور وهبة مصطفى الزحيلي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثامنة، العدد الثامن، الجزء الأول، ١٤١٥هـ/ ١٩٩٤م: ص٦٩٨.

* «الأصل في المعاملات الحل والإباحة والتوسعة، فلا نعدل عن هذا الأصل إلا حينما يأتينا نص لا نستطيع رده ونفوض الأمر إلى الله ورسوله، أما ما دامت الأحاديث أو الأقوال مطعوناً فيها فهذا لا يعتمد عليه مقابل هذا الأصل.

بيع العربون الآن سد فساداً كبيراً وهو بيع النجش، الذي يتعاطى في كثير من المقاولات وكثير من المعاملات، بيع العربون هذا سد هذا الباب الفاسد ومعه صارت المقاولات الآن إذا أريدت يجعلونها فتح مظاريف، وهذا الظرف يقدم فيه شيء نسبة من ثمن المقاولة أو ثمن المبيع، بناء عليه فإنه لا يقدم على المزايدة في هذه المقاولة و في هذا البيع أو في هذا الشراء إلا إنسان متأكد من نفسه أنه سيدخل في هذه المقاولة أو سيشتري هذه السلعة، فتقديم هذا المبلغ الذي إن دخل في المقاولة أو دخل في الشراء صار جزءاً من الثمن وإن لم يدخل ذهب عليه، هذا منع باب أن هناك أناساً يتلاعبون بالمقاولات، والآن أصبح بيع العربون إجماعاً عملياً بين المسلمين وبين غير المسلمين»[1].

هل يجوز العُربون في بيع النقد بجنسه وفي الصرف؟

لا يخفى أن بيوع المصارفة لها حالان:

الحال الأولى: أن تكون المصارفة في جنس واحد كبيع الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، ويشترط لصحة المصارفة في هذه الحال شرطان، أحدهما: المماثلة، والثاني: التقابض في مجلس العقد.

الحال الثانية: أن تكون المصارفة بين جنسين مختلفين كالذهب بالفضة أو العملات الورقية بها، أو بعضها ببعض، كالريال السعودي بالجنيه المصري؛ ويشترط في هذه الحال شرط واحد هو التقابض عند المصارفة في مجلس العقد.

---

(١) انظر: رأي الشيخ عبد الله البسام، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثامنة، العدد الثامن، ج١، ١٤١٥هـ/ ١٩٩٤م: ج١/ ص ٧٦٦ – ٧٦٧.

وأخذاً بهذه الأحكام في المصارفة، ومنها التقابض في مجلس العقد، وحيث إن بيع العربون يقتضي تأخير الثمن حتى اختيار المشتري ما يراه من إمضاء البيع أو رده، فلا يجوز بيع العربون في بيوع الصرف في كلتا الحالين.

هل يجوز أن يكون العربون مبلغاً مستقلاً عن ثمن السلعة؟

«العربون في الفقه والقانون إذا أُمضي العقد كان جزءاً من الثمن، فلا يمكن عدُّه هنا مبلغاً مستقلاً عن ثمن السلعة، وإذا عدل المشتري، أو المستأجر عن العقد، فَقَدَ العربون في الفقه والقانون، وكذلك في القانون، إذا عدل البائع، أو المؤجر، ردَّ العربونَ مضاعفاً؛ أي وقع عليه العربون، فهنا يمكن اعتبار العربون أنه صار مستقلاً عن الثمن أو الأجرة، فمن كان في الفقه مذهبه جواز العربون لم يقصد به إلا هذا، وكذلك هو المقصود في القانون.

أما إذا كان العربون جزءاً من الثمن أو الأجرة، غير مستقل عنهما، بحيث إذا أُمضي العقد استكمل الباقي من الثمن أو الأجرة، وإذا لم يمض العقد ردَّ البائع أو المؤجر العربون، فهذا جائز عند الجميع[1]، وهو ليس من العربون في شيء»[2].

هل يجوز العربون في الخدمات كما في السلع؟

العربون لا يجوز في جميع العقود عند من يمنعه في البيع[3]، يقول الدسوقي: «بيع العربان يجري في البيع والإجارة، لا في البيع فقط، كما هو ظاهر المصنف، والظاهر منعه في جميع العقود؛ لأنه مِنْ أَكْلِ أموال الناس بالباطل»[4].

---

(١) الشرح الكبير للدردير ٣/ ٦٣، والقوانين الفقهية لابن جزي، ص٢٨٤، والخرشي على خليل ٥/ ٧٨، وتفسير القرطبي، ٥/ ١٥٠، وعون المعبود، ٩/ ٤٠٠.

(٢) بيع العربون للدكتور رفيق المصري: ص٣٦ – ٣٧.

(٣) بيع العربون، بحث للدكتور الصديق محمد الأمين الضرير، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٨، ج ١/ ص٦٦٠.

(٤) الدسوقي على الشرح الكبير ٣/ ٦٣.

«أما الذين أجازوا العربون من الفقهاء إنما أجازوه صراحة في البيع وفي الإجارة، والبيع عبارة عن بيع مال أو سلعة، منقول أو غير منقول (دار مثلاً)، أما الإجارة فهي عبارة عن بيع منفعة، وهذه المنفعة قد تكون منفعة مال (إجارة أشياء أو أموال) أو منفعة شخص (إجارة أشخاص)، أما إجارة الأموال والأشياء فلا شك أن الذين أجازوا العربون في الإجارة إنما أرادوا بهذه الإجارة إجارة الأموال، كالدابة، بلا تردد، ويفرّق الفقهاء بين الأجير الخاص والأجير المشترك.

وصورة العربون في الأجير الخاص أن يتفق رب عمل مع عامل على استخدامه لديه، خلال مدة محددة، بحيث إذا انقضت المدة ولم يعقد عقد العمل من جانب رب العمل، كان عليه أن يدفع للعامل مبلغاً معلوماً، وإذا كان النكول من جانب العامل، كان عليه أن يدفع لرب العمل مبلغاً مماثلاً، هذه الصورة أراها تلحق بالعربون في البيع والإجارة، فهي جائزة.

أما صورة العربون في الأجير المشترك فهي أن يتفق أحدهم مع محامٍ مثلاً على توكيله بقضية معلومة، خلال مدة معلومة، بحيث إذا انقضت المدة ونكل الموكل فَقَدَ العربونَ، وإذا نكل الوكيل كان العربونُ عليه. هذه الصورة وأمثالها يمكن أن تلحق بالعربون في البيع والإجارة، فهي جائزة، ويلحظ فيها أن نكول أحد الطرفين يسبب ضرراً للآخر. فإذا لم يتصور ضرر، في بعض الصور، كان العربون غير جائز، لأنه يصبح أكلاً للمال بالباطل، وفقاً للفقهاء الذين لم يجيزوا العربون»[1].

هل يجوز العربون عند شراء الأوراق المالية، كالأسهم؟

«الأوراق المالية في القانون هي الأسهم والسندات، أما السندات، سندات القرض، فهي إذا كانت بفائدة ربوية غير جائزة، ومن ثم لا يجوز العربون فيها، أما الأسهم فإنها إذا كانت تمثل حصصاً في شركات تمارس أعمالاً مشروعة، فإن شراء أسهمها جائز،وإذا

---

(١) بيع العربون للدكتور رفيق المصري: ص٣٧ – ٣٨.

كانت تمارس أعمالاً غير مشروعة، كالربا والخمر والمخدرات، فإن شراء أسهمها لا يجوز، ومع ذلك فإن شراء أسهم الشركات، ولو كانت أعمالها مشروعة، مقيد ببعض القيود، فالسهم عبارة عن حصة في صافي موجودات (أصول) الشركة، وصافي الموجودات هو الفرق بين الموجودات والديون المترتبة على الشركة. فإذا كانت الشركة لا تتعامل بالديون، أو كانت نسبة الديون فيها قليلة بالنسبة لمجموع الميزانية[(١)]، فإن السهم يجوز شراؤه، ولو كان بعض الثمن مؤجلاً أو مقسطاً، وعندئذ يجوز العربون، أما إذا كان السهم يمثل حصة في موجودات الشركة وكانت هذه الموجودات نقوداً كلها أو معظمها، فإن شراء السهم يأخذ حينئذ حكم الصرف، ولا يجوز العربون، المهم هنا أنه في الحالات التي يجوز فيها شرعاً شراء الأسهم لأجل، أو بالخيار، يجوز العربون، وإلا فلا»[(٢)].

والجمهور لا يجوز العربون عند شراء الأوراق المالية؛ لأنها لا تخرج عن كونها بيعاً، وبيع العربون لا يجوز عندهم. ويجوز على رأي الحنابلة إذا كانت الأوراق مما يجوز شراؤه[(٣)].

هل يجوز العربون في بيع المرابحة؟

يقول الزحيلي[(٤)]: «بيع المرابحة، في حياتنا المعاصرة، عبارة تطلق اختصاراً على بيع المرابحة للآمر (أو للواعد) بالشراء كما يجري في المصارف الإسلامية الحديثة، وهذه المواعدة بين المصرف والعميل قد تكون ملزمة للطرفين، أو غير ملزمة لهما، أو ملزمة للمصرف دون العميل.

---

(١) انظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي بجدة، رقم (٥) لعام ١٤٠٨ه (١٩٨٨م)، بشأن سندات المقارضة وسندات الاستثمار، مع ملاحظة أن الأسهم في حكمها.

(٢) بيع العربون للدكتور رفيق المصري: ص٣٨ – ٣٩.

(٣) بيع العربون للدكتور الصديق محمد الأمين الضرير، مجلة مجمع الفقه الإسلامي: ص ٦٦١.

(٤) هو الدكتور وهبة مصطفى الزحيلي، من علماء سوريا المعاصرين، وله عدة كتب في التفسير والفقه وأصوله.

والعربون يجوز في المرابحة عند من يجيز العربون، ويجيز الإلزام في المرابحة من الفقهاء المعاصرين، فإذا كان الإلزام للطرفين جاز العربون لهما، وإذا كان الإلزام للمصرف جاز دفع العربون من المصرف دون العميل. أما أنا فلا أرى جواز الإلزام في المرابحة[1]، فمن ثم لا يجوز العربون فيها. ذلك لأن العربون لا محل له إذا كان الطرفان في المرابحة بالخيار، إذا شاءا أمضيا العقد، وإذا شاءا تركا، فلا يوجد العربون إلا حيث يوجد الإلزام، ويكون العربون تأكيداً لهذا الإلزام، ومن نكل دفع ثمن نكوله»[2].

هل يلزم في بيع العربون أن تكون السلعة حاضرة للمعاينة، أم يجوز عند المواعدة على الشراء؟

من يرى من الفقهاء المعاصرين جواز الإلزام بالمواعدة في بيع المرابحة في المصارف الإسلامية، فإنه يرى جواز العربون مؤيداً لهذا الإلزام، إذا كان ممن يرى جواز العربون أصلاً. أما من لا يرى جواز الإلزام بالمواعدة، ويرى جواز العربون، فإن العربون لا يجوز عنده إلا عند المعاقدة، أي حضور السلعة، ولا يجوز عنده هذا وقت المواعدة.

ويؤيد ذلك قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي رقم (٧٦/ ٣/ د٨)، المنعقد في دورة مؤتمره الثامن، ببندر سيري باجوان، بروناي، دار السلام، من ١ إلى ٧ محرم ١٤١٤هـ الموافق ٢١-٢٧ يونيو ١٩٩٣م[3]، ونصه:

---

(١) لم يجز مجمع الفقه الإسلامي بجدة الإلزام في المرابحة للطرفين، بل اشترط الخيار لهما أو لأحدهما. انظر القرار ٢ و٣ لعام ١٤٠٩هـ(١٩٨٨م) بشأن الوفاء بالوعد والمرابحة للآمر بالشراء، في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس، الجزء الثاني، ١٤٠٩هـ (١٩٨٨م)، ص١٥٩٩.

(٢) بيع العربون بحث للدكتور رفيق المصري، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، د٨، ع٨، ج١، ١٤١٥هـ/ ١٩٩٤م: ص٧٤٢-٧٤٤ "بتصرف".

(٣) انظر مجلة مجمع الفقه الإسلامي، د٨، ع٨، ج١، ١٤١٥هـ(١٩٩٤م)، ص٧٩٣

١ - المراد ببيع العربون بيع السلعة، مع دفع المشتري مبلغاً من المال إلى البائع. ويجري مجرى البيع الإجارة، لأنها بيع المنافع. ويستثنى من البيوع كل ما يشترط لصحته قبض أحد البدلين في مجلس العقد (السلم)، أو قبض البدلين (مبادلة الأموال الربوية والصرف). ولا يجري في المرابحة للآمر بالشراء في مرحلة المواعدة ولكن يجري في مرحلة البيع التالية للمواعدة.

٢ - يجوز بيع العربون إذا قيدت فترة الانتظار بزمن محدود، ويُحتسب العربون جزءاً من الثمن إذا تم الشراء، ويكون من حق البائع إذا عدل المشتري عن الشراء.

المسألة الرابعة: بيع التقسيط:

«البيع في الفقه الإسلامي قد يكون معجَّل البدلين (يداً بيد) بأن يكون الثمن حاضراً والمبيع حاضراً، أو مؤجل البدلين (وهو من الكالئ بالكالئ)[1]، أو أحد بدليه معجَّل والآخر مؤجلاً، فإن عُجّل الثمن وأُجّلَ المبيع فهو بيع السَّلم (السلف)، وإن عُجِّل المبيع وأُجِّل الثمن فهو بيع النسيئة»[2].

عقد البيع: إما أن يكون حالاً (نقداً) بأن يكون الثمن حاضراً والمبيع حاضراً، وهو الأصل[3].

* فإذا كان الثمن حاضراً في مجلس العقد والمبيع مؤجلَ التسليم فهو بيع السلم، وقد ورد الشرع بجوازه وانعقد عليه الإجماع.

* وإذا كان الثمن مؤجلاً والمبيع حاضراً فهو البيع بثمن مؤجل، ومنه بيع التقسيط وهو المقصود هنا.

---

(١) وأما مؤجل البدلين، وهو من الكالئ بالكالئ، فهو منهي عنه.

(٢) الحاوي للماوردي ٨/ ٢٣٧.

(٣) الموسوعة الفقهية (بيع - بينة)، ٩/ ٣٧.

تعريف التقسيط:

لغة: أصل مادة التقسيط: القاف والسين والطاء؛ وهذا الأصل كما قال ابن فارس: «أصل صحيح يدل على معنيين متضادين، والبناء واحد:فالقسط: العدل، ويقال منه: أقسط يقسط، قال تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلۡمُقۡسِطِينَ﴾[(١)]، والقَسط بفتح القاف: الجور...»[(٢)]، ويجمع القسط على أقساط، مثل حمل وأحمال.

أما التقسيط فيطلق ويراد به ثلاثة معان:

الأول: تفريق الشيء وجعله أجزاء معلومة، يقال: (قسط المالَ بينهم) أي فرقه، وجعله أجزاء معلومة.

الثاني: الاقتسام بالسوية، يقال: (تقسّطُوا الشيء بينهم) إذا اقتسموه بالسوية.

الثالث: التقتير، يقال: (قسّط على عياله النفقة) إذا قترها عليهم[(٣)].

وأقرب هذه المعاني إلى المعنى المصطلح عليه هو المعنى الأول.

اصطلاحاً: جاء في تعريف التقسيط في المادة (١٥٧) من مجلة الأحكام العدلية بأنه: «تأجيل أداء الدين مفرقاً إلى أوقات متعددة معلومة»[(٤)]، والظاهر أن تعريف المجلة للتقسيط تعريف عام يصلح لتقسيط الديون، أياً كان سبب وجوبها في الذمة، ومن التعاريف التي تقرر تعريف بيع التقسيط بخصوصه، وتفصح عن أهم خصائص ذلك

---

(١) سورة المائدة، من الآية [٤٢].

(٢) مقاييس اللغة ٥/ ٨٥-٨٦، باب القلف والسين وما يثلثهما.

(٣) الصحاح للجوهري ٣/ ١١٥٢، باب الطاء، فصل القاف، و المصباح المنير للفيومي، ص١٩٢، القاف مع السين وما يثلثهما، والقاموس المحيط للفيروز آبادي، ص٨٨١، باب الطاء، فصل القاف، ولسان العرب، لابن منظور٧/ ٣٧٧-٣٧٨، باب الطاء، فصل القاف.

(٤) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/ ١١٠.

العقد: «عقد على مبيع حال، بثمن مؤجل، يؤدى مفرقاً على أجزاء معلومة، وفي أوقات معلومة»[(١)]؛ أي الذي يؤجل فيه الثمن، وذلك بأن لا يدفع في الحال، بل يؤجل ويدفع أقساطاً متفرقة في أوقات معينة[(٢)].

مشروعية بيع التقسيط وحكمه:

اختلف العلماء في البيع بالتقسيط إلى فريقين، ذهب **الفريق الأول** - جمهور العلماء - إلى جواز بيع التقسيط وأنه مشروع ولا بأس به[(٣)].

وذهب **الفريق الثاني**[(٤)] إلى عدم جواز هذا البيع وأنه حرام وباطل ولا يجوز التعامل به[(٥)].

أدلة جمهور العلماء:

استدل جمهور العلماء على مشروعية البيع بالتقسيط لعموم الأدلة على إباحة البيع في الكتاب والسنة والأثر والإجماع والقياس.

---

(١) بيع التقسيط وأحكامه، سليمان بن تركي التركي، ص٣٤.

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/ ١١٠.

(٣) ينظر: المراجع الآتية: شرح فتح القدير لابن الهمام ٦/ ٢٦١، وبدائع الصنائع للكاساني ٥/ ١٨٧، وتبيين الحقائق للزيلعي ٤/ ٧٨، وحاشية الدسوقي ٣/ ١٦٥، وبداية المجتهد لابن رشد ٢/ ١٦٤، والموافقات للشاطبي ٤/ ٣٠-٣١، وقوانين الأحكام الشرعية لابن جزي ص٢٧٥، والأم للإمام الشافعي ٣/ ٦٢، و٨٨، وروضة الطالبين للنووي ٣/ ٦٠، ونهاية المحتاج للرملي ٣/ ٤٥، ومغني المحتاج للشربيني ٢/ ٣١، والمغني لابن قدامة ٤/ ١٦١، وكشاف القناع للبهوتي ٣/ ١٧٤، ونيل الأوطار للشوكاني ٥/ ١٥٢، والروض النضير للسياغي ٣/ ٢٦٨، والمحلى لابن حزم ٩/ ٤٧، والمختصر النافع لنجم الدين الحلبي، ص١٢٢.

(٤) زين العابدين بن علي بن الحسن، والناصر، والمنصور بالله، والهادوية، والإمام يحيى.

(٥) نيل الأوطار للشوكاني ٥/ ١٥٢، وسبل السلام للصنعاني ٣/ ٢٠، والروض النضير للسياغي ٣/ ٢٦٨.

أولاً: الكتاب:

قول الله ﷻ: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾[(١)]، فقد ورد البيع في هذه الآية على الإطلاق، وهو إذا تحققت أركانه وشروطه وتعارف عليه الناس فهو حلال ما لم يرد نص في تحريمه، فهو يشمل البيع بثمن حالٍّ، وبثمن مؤجلٍ، إذن البيع بالتقسيط جائز ومشروع لدخوله تحت عموم الآية السابقة[(٢)].

وقوله ﷻ: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ﴾[(٣)]، وقد شرع تأجيل الدين.

ووجه الدلالة في هذه الآية: وإن كانت لا تدل على جواز تأجيل سائر الديون، إلا أنها تدل على أن الله ﷻ أمر بكتابة الدين بأي صورة كان؛ لأن الآية اشتملت على كل دين ثابت مؤجل سواء كان بدله عيناً أو ديناً[(٤)].

ثانياً: السنة النبوية:

ما رواه البخاري بسنده عن عائشة رضي الله عنها: (أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ اشْتَرَى طَعَامًا مِنْ يَهُودِيٍّ إِلَى أَجَلٍ وَرَهَنَهُ دِرْعًا مِنْ حَدِيدٍ)[(٥)].

ووجه الدلالة: أن الرسول ﷺ اشترى بثمن مؤجل، والبيع كالشراء، وفي ذلك دليل على مشروعية تأجيل الأثمان، وقد أجمعت الأمة على ذلك[(٦)]؛ لأن بيع التقسيط ليس

---

(١) سورة البقرة، من الآية [٢٧٥].

(٢) شرح فتح القدير ٦/ ٢٦١، ونيل الأوطار ٥/ ١٥٢.

(٣) سورة البقرة: من الآية ٢٨٢.

(٤) أحكام القرآن للجصاص ١/ ٤٨٣.

(٥) سبق تخريجه، ص١٩١ من هذ الكتاب.

(٦) الموسوعة الفقهية: مجموعة من العلماء المعاصرين ٢/ ٢١ وما بعدها.

إلاَّ بيعاً مؤجل الثمن، غاية ما فيه أن ثمنه مقسط أقساطاً لكل قسط منها أجل معلوم، ولا فرق في الحكم الشرعي بين ثمن مؤجل لأجل واحد وثمن مؤجل لآجال متعددة[١].

ما أخرجه مسلم في صحيحه من حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه[٢]: أن النبي ﷺ قال: (**الذهب بالذهب والفضة بالفضة، والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلاً بمثل سواءً بسواء يداً بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد**)[٣].

يقول ابن قدامة: «فأما النساء فكل جنسين يجري فيهما الربا بعلة واحدة، كالمكيل بالمكيل والموزون بالموزون والمطعوم بالمطعوم، عند من يعلل به، فإنه يحرم بيع أحدهما بالآخر نساء بغير خلاف نعلمه، ثم قال: إلا أن يكون أحد العوضين ثمناً والآخر مثمناً فإنه يجوز النساء بينهما بغير خلاف»[٤].

ويفهم من هذا أن بيع التقسيط جائز ؛ لأنه بيع فيه تأخير لأحد العوضين.

---

(١) شرح فتح القدير ٦/ ٢٦٢، وانظر: بيع التقسيط تحليل فقهي واقتصادي: د. رفيق يونس المصري، ص١٥.

(٥) هو: عبادة بن الصامت بن قيس بن أصرم بن فهر بن قيس بن ثعلبة بن عمرو الأنصاري الخزرجي أبو الوليد، شهد بدراً وشهد المشاهد كلها بعدها، وكان أحد النقباء بالعقبة، روى عن النبي كثيراً وكان قد تفقّه في دين الله، وآخى الرسول بينه وبين أبي مرثد الغنوي، وهو ممن جمع القرآن في عهد النبي ﷺ ، مات بالرملة سنة ٣٤هـ وقيل سنة٤٥هـ. انظر: الإصابة ٣/ ٦٢٤، و تقريب التهذيب، ص٢٩٢، وسير أعلام النبلاء ٢/ ٥.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه ٣/ ١٢١١، كتاب: المساقاة، باب: الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً، رقم ١٥٨٧.

(٤) المغني لابن قدامة ٤/ ٣٠.

ثالثاً: الأثر:

روي عن مالك عن صالح بن كيسان: (أن علياً بن أبي طالب كرم الله وجهه باع جملاً له يدعى عصيفيراً بعشرين بعيراً إلى أجل)[١].

رابعاً: الإجماع:

يقول ابن الهمام بعد ذكره لحديث شراء النبي ﷺ الطعام من اليهودي إلى أجل، قال: وأن ذلك يبيح البيع بثمن مؤجل، ثم قال: وعلى ذلك انعقد الإجماع[٢]، وقلنا سابقاً إن البيع بثمن مؤجلٍ يشمل البيعَ بالتقسيطِ، وبناء عليه يكون البيع بالتقسيط مشروعاً بالإجماع.

يقول ابن بطال[٣] في تعليقه على تبويب البخاري في صحيحه باب شراء النبي ﷺ بالنسيئة، قال: الشراء بالنسيئة جائز بالإجماع[٤]، ومعلوم أن الشراء بالنسيئة هو معنى البيع بالتقسيط، فيكون البيع بالتقسيط مشروعاً بالإجماع.

خامساً: القياس:

البيع بثمن مؤجل يدفع على أقساط صحيح ومشروع قياساً على بيع السلم المعروف بأنه بيع موصوف في الذمة بثمن معجل. ففي بيع السلم الثمنُ معجلٌ والمبيع مؤجل، وفي البيع بثمن مؤجل أو بيع النسيئة المساوي لبيع التقسيط المبيع معجل والثمن مؤجل. ومن الجائز في بيع السلم أن يكون الثمن فيه أقل من ثمن البيع الحال، أي: يخفض فيه الثمن

---

(١) شرح الزرقاني على موطأ مالك ٣/ ٣٠٠.

(٢) انظر: فتح الباري بشرح صحيح البخاري ٤/ ٣٠٢.

(٣) هو: علي بن خلف بن عبد الملك بن بطال، عالم بالحديث من أهل قرطبة، له كتاب: شرح البخاري، مات سنة ٤٤٩هـ. انظر: شذرات الذهب ٣/ ٢٨٣.

(٤) انظر: فتح الباري ٤/ ٣٥٤.

لتعجيله أو يزاد في المبيع لتأجيله. والحاجة إلى بيع التقسيط كالحاجة إلى السلم، ومن هنا كان البيع مشروعاً قياساً على عقد السلم(١).

أدلة من قال بعدم مشروعية البيع بالتقسيط:

استدل هؤلاء على عدم مشروعية البيع بالتقسيط بالكتاب والسنة.

أولاً: الكتاب:

قال ﷻ: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾.

ووجه الدلالة: أن الآية أفادت تحريم البيوع التي يؤخذ فيها زيادة مقابل الأجل لدخولها في عموم كلمة الربا. وقالوا أيضاً: إن زيادة الثمن المؤجل عن الثمن الفوري ربا لأنها زيادة من غير عوض في عقد معاوضة يجب أن يتساوى فيه كل من البدلين، وقد كان الثمن الفوري مساوياً لقيمة السلعة وما زاد عليه لا يقابله عوض فيكون ربا، إذن كل زيادة بغير عوض تدخل تحت عموم قوله ﷻ: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾، ولفظ الربا عام يشمل تحريم كل زيادة إلا ما خصه الدليل، وليس هنا دليل على إجازة الزيادة، فكان البيع بالتقسيط حراماً لأنه يعد من قبيل الربا المحرم(٢).

وقال ﷻ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾(٣).

ووجه الدلالة: أنه يلاحظ أن محل الرضا غير متوفر بين الطرفين، فالبائع مضطر إلى بيع سلعته مؤجلة مخافة الركود، والمشتري مضطر كذلك إلى شرائها لكون الحاجة ماسة إليها،

(١) بيع التقسيط تحليل فقهي واقتصادي: د. رفيق المصري، ص٥٣.

(٢) حكم البيع بالتقسيط في الأموال والعرض: مراد بن عبد الله، ص٥٣، ونظرية الأجل في الالتزام - الدكتور عبدالناصر العطار: ص٢١٥.

(٣) سورة النساء: من الآية [٢٩].

ولا يملك ثمنها حالاً. إذن القول برضا المشتري هنا يخالف الواقع لأن المشتري في هذه الحالة كالمكره، ولا يمكن بذلك أن نعتبر رضاه خالصاً تجوز به الزيادة[١].

ثانياً: السُنة النبوية:

استدلوا على عدم مشروعية البيع بالتقسيط بعدة أحاديث، منها:

١- روي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: (نَهَى رَسُولُ اللهِ ﷺ عَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ)[٢].

٢- عن سماك عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال: (نهى النبي ﷺ عن صفقتين في صفقة). قال سماك: هو الرجل يبيع البيع فيقول: هو بنساء بكذا وهو بنقد بكذا وكذا[٣].

---

(١) انظر: البيع بالتقسيط دراسة فقهية مقارنة، د. إبراهيم رفعت الجمال: ص٦٠-٦١.

(٢) رواه الترمذي في سننه، كتاب البيوع، باب: ما جاء في النهي عن بيعتين في بيعة، رقم ١١٥٢، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح، ورواه النسائي في سننه، كتاب البيوع، باب: بيعتين في بيعة، ٧/ ٢٩٦، رقم ٤٥٥٣.

(٣) مسند الإمام أحمد ١/ ٣٩٨، مسند عبد الله بن مسعود، رقم٣٥٩٥، وانظر: نيل الأوطار ٥/ ١٥٢.
قال الألباني في إرواء الغليل ٥/ ١٤٨ رقم ١٣٠٧: (صحيح): أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ٨/ ١٩٢: نا أبو الأحوص عن سماك عن أبي عبيدة أو عن عبد الرحمن بن عبد الله عن ابن مسعود قال: فذكره موقوفاً عليه.

نا وكيع قال: سفيان عن سماك عن عبد الرحمن بن عبد الله عن أبيه بمثله.

قلت: وهو بالسند الأول ضعيف لتردد سماك وهو ابن حرب بن أبي عبيدة وعبد الرحمن ابني عبد الله ابن مسعود، وكان تغير بآخره، وهو بالسند الآخر صحيح؛ لأن رواية سفيان وهو الثوري عن سماك صحيحة، قال يعقوب بن سفيان في ترجمته: «وروايته عن عكرمة خاصة مضطربة وهو في غير عكرمة صالح، وليس من المثبتين، ومن سمع منه قديماً مثل شعبة وسفيان فحديثهم عنه صحيح مستقيم».

٣- وعن أبي هريرةقال: قال رسول الله ﷺ: (**مَنْ بَاعَ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ فَلَهُ أَوْكَسُهُمَا أَوْ الرِّبَا**)(١).

٤- عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال: (**نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْ بَيْعِ الْمُضْطَرِّ وَبَيْعِ الْغَرَرِ وَبَيْعِ الثَّمَرَةِ قَبْلَ أَنْ تُدْرِكَ**)(٢).

٥- وعن عبدالله بن عمرو قال: قال رسول الله ﷺ: (**لا يَحِلُّ سَلَفٌ وَبَيْعٌ وَلا شَرْطَانِ فِي بَيْعٍ وَلا بَيْعُ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ**)(٣).

---

(١) رواه أبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب: فيمن باع بيعتين في بيعة، ٣/ ٢٧٢، رقم ٣٠٠٢، وأحمد في مسنده، مسند العشرة المبشرين بالجنة، باب: ومن مسند علي بن أبي طالب رضي الله عنه، رقم ٨٩٣.
قال الألباني في إرواء الغليل ٥/ ١٥٠ رقم ١٣٠٧: أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ٧/ ١٩٢ وعنه أبو داود ٣٤٦١ وكذا ابن حبان ١١١٠، والحاكم ٢/ ٤٥، وعنه البيهقي ٥/ ٣٤٣ وقال الحاكم: «صحيح على شرط مسلم» ووافقه الذهبي، وصححه ابن حزم في المحلى ٩/ ١٦، وكذا صححه عبد الحق في أحكامه ١/ ١٥٥ بلفظ: (نهى رسول الله عن بيعتين في بيعة). قلت: إنما هو حسن فقط؛ لأن محمد بن عمرو فيه كلام يسير في حفظه، وقد روى البخاري عنه مقروناً، ومسلم متابعة، وقال الحافظ في التقريب: صدوق له أوهام.

(٢) رواه أبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب: في بيع المضطر، ٣/ ٢٥٣، رقم ٢٩٣٥، وأحمد في مسنده، مسند العشرة المبشرين بالجنة، باب: ومن مسند علي بن أبي طالب رضي الله عنه، رقم ٨٩٣.
قال الألباني في تصنيف سنن أبي داود: ص٥١٦ رقم ٣٣٨٢: (ضعيف).
وقال الإمام البغوي في شرح السنة ٨/ ١٣٢ رقم ٢١٠٤: «أخرجه أحمد (٩٣٧) وأبو داود (٣٣٨٢) وفي سنده ضعف»، وقال: «وإسناد هذا الحديث ضعيف».

(٣) رواه الترمذي في سننه، كتاب البيوع، باب: ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، رقم١١٥٥، وقال: حديث حسن صحيح، ورواه النسائي في سننه، كتاب البيوع، باب: بيع ما ليس عندك، ٤/ ٢٨٨، رقم ٤٥٣٢.، وسنن أبي داود ٣/ ٢٨١، رقم ٣٠٤١.
قال الألباني في إرواء الغليل ٥/ ١٤٦ رقم ١٣٠٥: «حسن».

ووجه الدلالة: من مجموعة الأحاديث السابقة: أنها تدل بمضمونها على عدم مشروعية البيع بالتقسيط على النحو التالي:

(أ) الأحاديث التي ورد فيها النهي عن بيعتين في بيعة تدل على النهي عن جعل سعرين لسلعة واحدة، أحدهما سعر معجل والآخر سعر مؤجل، ويؤيد هذا ما بينه سماك بن حرب راوي الحديث السابق ذكره، فدل هذا على تحريم زيادة ثمن السلعة المؤجل عن سعرها اليومي؛ لأن البائع هنا يجمع صفتي النقد والنسيئة في صفة واحدة، فلا يكون له إلا أوكسهما أو الربا، أي لا يستحق إلا رأس ماله، فإن أخذ الزيادة فهو مُرب[(١)].

(ب) الأحاديث التي ورد فيها النهي عن بيع وسلف، والنهي عن شرطين في بيع، فسرها بعض علماء الحديث: أن يقول بعت هذه السلعة نقداً بكذا وبكذا نسيئة[(٢)].

الرأي المختار:

بعد هذا العرض لآراء الفريقين وأدلتهم يترجح لنا رأي جمهور العلماء القائلين بأن البيع بالتقسيط جائز ومشروع ولا بأس به، وذلك لما يلي:

أولا: قوة أدلة الجمهور وضعف أدلة المخالفين.

ثانياً: وجود إجماع من الفقهاء على جواز البيع بثمن مؤجل سواء ذكر المتبايعان للثمن أجلاً واحداً أو جعلاه على آجال مختلفة، بأن جعل لكل مقدار منه أجلاً وهذا هو معنى البيع بالتقسيط حالياً.

جاء في فتاوى ابن تيمية: «الأجل يأخذ قسطاً من الثمن»[(٣)].

وجاء في الروض النضير: «بيع الشيء بأكثر من سعر سومه لأجل النساء جائز»[(٤)].

---

(١) انظر: نيل الأوطار ٥/ ١٥٢، و نظرية الأجل، د. عبد الناصر العطار، ص٢١٥.

(٢) شرح الزرقاني على موطأ مالك ٣/ ٣١١.

(٣) فتاوى ابن تيمية ٢٩/ ٤٩٩.

(٤) الروض النضير: السياغي ٣/ ٢٦٧.

وجاء في شرح كتاب النيل: «لأن للأجل قسطاً من الثمن فيزيد الثمن بالأجل وطوله، وينقص بعدم الأجل وبقصره»[1].

ثالثاً: الأصل في البيوع الإباحة ما لم يرد نص بالتحريم، والبيع بالتقسيط ليس مشابهاً للربا من جميع الوجوه.

وكذلك فإن المصلحة المرسلة تقضي بالأخذ برأيهم، فمن المعروف أن كثيراً من الناس يتعذر عليه شراء السلع لا سيما ذات الأسعار العالية إلا عن هذا الطريق، فلو أخذ برأي القائلين بالمنع، لألحقنا الضرر بفئة كبيرة من المجتمع وهم أصحاب الدخول المحدودة، فمن الأولى إجازة مثل هذا التعامل دفعاً للحرج عنهم وتذليل سبل العيش أمامهم.

ومما يؤيد هذا الرأي أن جميع المعاملات في الإسلام مشروعة، إلاَّ ما استثناه الشرع رعاية لحاجة الناس إليها، ولتحقيق مصالحهم. وبناء عليه، قال جمهور العلماء (ومنهم أئمة المذاهب الأربعة، وزيد بن علي، والمؤيد بالله من الزيدية): يجوز بيع الشيء بأكثر من سعر يومه لأجل النساء (أي الأجل) لعموم الأدلة الشرعية القاضية بجوازه، قال الشوكاني: وهو الظاهر[2].

فبيع التقسيط كثير الوقوع في الحياة العملية، وهو وسيلة مرغوب فيها لتوفير الحاجات، وتيسير الحصول على الخدمات، ولا يقصد منه المراباة أو الربح غير المشروع، كما أن أغلب تجار التجزئة يشترون السلع من تجار الجملة، ويسددون أثمانها أسبوعيا أو شهريا، لعدم توفر السيولة النقدية، أو الجاهزية لدفع كامل ثمن البضاعة فورا أو حالا، ويتم الحصول على الثمن عادة من بيع التجزئة للزبائن، ونجد هذه الظاهرة أيضا في التعامل مع المصارف الإسلامية، لتمويل شراء السيارات، وأدوات المصانع والمعامل وغيرها بما تحتاج إليه من وسائل ثابتة، أو بضائع متحركة.

---

(١) نيل الأوطار ٥/ ١٥٢.

(٢) المصدر السابق.

ومما يقوي الرأي بإجازة البيع بالتقسيط: ما جاء في قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي رقم (٥٣/ ٢/ ٦) في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من ١٧ إلى ٢٣ شعبان ١٤١٠هـ الموافق ١٤-٢٠ آذار (مارس) ١٩٩٠م، قراره رقم (٥٣/ ٢/ ٦) بشأن البيع بالتقسيط، حيث قرر:

١- تجوز الزيادة في الثمن المؤجل عن الثمن الحال، كما يجوز ذكر ثمن المبيع نقداً وثمنه بالأقساط لمدد معلومة، ولا يصح البيع إلا إذا جزم العاقدان بالنقد أو التأجيل، فإن وقع البيع مع التردد بين النقد والتأجيل بأن لم يحصل الاتفاق الجازم على ثمن واحد محدد فهو غير جائز شرعاً.

٢- لا يجوز شرعاً في بيع الأجل التنصيص في العقد على فوائد التقسيط مفصولة عن الثمن الحال، بحيث ترتبط بالأجل، سواء اتفق العاقدان على نسبة الفائدة، أم ربطها بالفائدة السائدة.

٣- إذا تأخر المشتري المدين في دفع الأقساط عن الموعد المحدد فلا يجوز إلزامه أي زيادة عن الدين بشرط سابق أو بدون شرط لأن ذلك ربا محرم.

٤- يحرم على المدين المليء أن يماطل في أداء ما حل من الأقساط، ومع ذلك لا يجوز شرعاً اشتراط التعويض في حالة التأخر عن الأداء.

٥- يجوز شرعاً أن يشترط البائع بالأجل حلول الأقساط قبل مواعيدها عند تأخر المدين في أداء بعضها مادام المدين قد رضي بهذا الشرط عند التعاقد.

٦- لا حق للبائع في الاحتفاظ بملكية المبيع بعد البيع، ولكن يجوز للبائع أن يشترط على المشتري رهن المبيع عنده لضمان حقه في استيفاء الأقساط المؤجلة[1].

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة السادسة، العدد السادس، الجزء الأول، ١٤١٠هـ-١٩٩٠م، ص٤٤٧-٤٤٨.

المسألة الخامسة: إبرام العقود عبر وسائل التقنية الحديثة:

المقصود بتقنية المعلومات:

تعريف كلمة تقنية في اللغة:

تقنية من إتقان الشيء أي إحكامه، ومنه قول الله ﷻ: ﴿صُنْعَ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ أَتْقَنَ كُلَّ شَىْءٍ﴾[1]؛ أي الذي أحكمه، يقال رجل تقن: أي حاذق بالأشياء[2].

جاء في القاموس: «أتقن الأمر: أحكمه، والتِّقِن (بالكسر) الطبيعة والرجل الحاذق، ورجل من الرماة يُضرب بجودة رميه المثل، وتقنوا أرضهم تتقيناً: أسقوها الماء الخاثر لتجود»[3].

وجاء في اللغة: «أتقنَ الشيء: أحكمهَ، وإتقانُه إحكامُه، والإتقانُ: الإحكام للأشياء، ورجل تِقنٌ وتَقِن: متقن للأشياء حاذق»[4].

تعريف تقنية المعلومات اصطلاحاً:

هو: تسخير الأجهزة الإلكترونية للتعامل مع المعلومات وفق برمجيات هندسية معينة. إحكام المعلومات من جهة سرعة الحفظ، وجودة التخزين، وسرعة الوصول إلى المعلومات، وسهولة التعامل معها، وسهولة تبادل المعلومات بين المتعاملين بها.

و(تِقْنِيَّة) على وزن (عِلْمِيَّة) وهي مصدر صناعي من (التَّقْنْ) بوزن (العَلَمْ). والتقن: الرجل الذي يتقن عمله. وما شاع من نطقها بوزن كلمة (الأدبية) أو بوزن كلمة (التربية) فهو خطأ[5].

---

(١) سورة النمل، من الآية [٨٨].

(٢) فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير للشوكاني ٤/ ٢١٨.

(٣) القاموس المحيط: ص١٥٢٧، (باب النون-فصل التاء).

(٤) لسان العرب ١٣/ ٧٣، (باب النون-فصل التاء).

(٥) المواضعة في الاصطلاح – ضمن كتاب فقه النوازل – د. بكر بن عبد الله أبو زيد: ص١٩٠.

إبرام العقود بوسائل الاتصال الحديثة:

إن شريعة الإسلام بما تتصف به من العالمية والشمول يقول ﷺ: ﴿وَمَآ أَرۡسَلۡنَٰكَ إِلَّا رَحۡمَةٗ لِّلۡعَٰلَمِينَ﴾[1]، وقد جاء لتحقيق سعادة البشر في معاشهم ومعادهم يقول تعالى: ﴿مَنۡ عَمِلَ صَٰلِحٗا مِّن ذَكَرٍ أَوۡ أُنثَىٰ وَهُوَ مُؤۡمِنٞ فَلَنُحۡيِيَنَّهُۥ حَيَوٰةٗ طَيِّبَةٗۖ وَلَنَجۡزِيَنَّهُمۡ أَجۡرَهُم بِأَحۡسَنِ مَا كَانُواْ يَعۡمَلُونَ﴾[2]، فلا غرو إذا ألفيناها ومن خلال مصادرها الثرية الوفيرة المستوحاة من أنوار التنزيل الحكيم، ومن قبسات النبوة العطرة، وعن طريق القواعد الكلية والمبادئ العامة التي أرساها فقهاء الشريعة الإسلامية قادرة على أن تتصدى لمواجهة كل حادث ومستجد من قضايا الناس ووقائع الحياة. ومن الوسائل التي أصبحت واقعا ملموسا يتعامل به الناس؛ تلك الوسائل التي تمخض عنها فكر الإنسان في عصرنا؛ لتيسير الاتصال بين أرجاء المعمورة، والمسماة بوسائل الاتصال الحديثة. ومنها الهاتف، والبرقية، واللاسلكي،و التلكس، والفاكسيملي (البريد الهاتفي)، وغيرها مما يمكن أن يخترع في المستقبل. وقد تمكن أبناء العالم المعاصر من إنجاز كثير من معاملاتهم وعقودهم المالية بواسطة آلات الاتصال الحديثة.

التكييف الفقهي:

كل الآلات الحديثة الموصلة للتعاقد لا تعدو أن تكون في حالتين اثنتين:

الحالة الأولى: إما أن تكون مساوية للهاتف والبرق بالسرعة في الاتصال وقوته ووضوحه.

---

(١) سورة الأنبياء، الآية [١٠٧].

(٢) سورة النحل، الآية [٩٧].

الحالة الثانية: أن تكون أشد من الهاتف والبرق في سرعة الاتصال وقوته ووضوحه. وقد حكم الفقهاء المعاصرون كالشيخ محمد بخيت المطيعي[1] بالنسبة للبرق (التلغراف) بصحة التعاقد والتصرفات المالية كلها، ومثل ذلك يقال في الهاتف أيضاً وقد نص عليه غير واحد من المعاصرين.

فإذا كانت هذه الآلات الجديدة مثل البرق والهاتف مساوية لها في سرعة الاتصال وقوته ووضوحه، جاز التعاقد وكان ذلك قياساً أو أخذاً بمبدأ دلالة النص المساوي (معنى الخطاب) عند أصوليي الحنفية، وإذا كانت هذه الآلات الجديدة أكثر من البرق والهاتف سرعة ووضوحا وقوة جاز التعاقد وسائر التصرفات المالية أخذا بمبدأ دلالة النص الأولوي (فحوى الخطاب) عند أصوليي الحنفية، أي صح ذلك من باب أولى، وذلك كالتلكس والفاكسيملي (البريد الهاتفي) والأقمار الصناعية وما شابه ذلك.

ولذا أصبح ضرورياً معرفة كيفية إبرام تلك العقود من الناحية الشرعية، وهذا ما سيتم توضيحه اعتماداً على ما قرره الفقهاء عند الكلام على صيغة العقد، وشروط الإيجاب والقبول، وشروط تحقيق معنى اتصال القبول بالإيجاب ليكون شطرا العقد في مجلس واحد.

صيغة العقد:

هي التعبير الصادر عن المتعاقدين الدال على إرادة إنشاء العقد وإبرامه بواسطة اللفظ أو القول أو ما يقوم مقامه من الفعل (المعاطاة) أو الإشارة أو الكتابة، وهذه الصيغة تتألف من شقين هما الإيجاب والقبول الدالان على تراضي الجانبين بإنشاء التزام بينهما، وتسمى الصيغة عند القانونيين: التعبير عن الإرادة.

---

(١) هو الشيخ محمد بخيت المطيعي مفتي الديار المصرية سابقاً في الفترة من (١٣٣٣هـ - ١٣٣٨هـ)، وذكر ذلك في رسالته أحكام التلغراف من مجموع رسائل له.

والتعبير عن الإرادة العقدية الجازمة يكون بأي صيغة تدل عرفاً أو لغة على إنشاء العقد، سواء بالقول أو الفعل أو بالإشارة أو بالكتابة[١]، والقول أو اللفظ مثل بعت واشتريت، ورهنت وارتهنت، ووهبت وقبلت، وزوجت وتزوجت.

والفعل أو المعاطاة أو المراوضة: هو التعاقد بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي دون تلفظ بإيجاب أو قبول[٢]، كأن يأخذ المشتري المبيع ويدفع الثمن للبائع دون كلام من كلا الطرفين أو من أحدهما. وهذا جائز عند جمهور العلماء غير الشافعية، لتعارفه بين الناس، لكن عقد الزواج بالإجماع لا ينعقد ولا يصح بالفعل أو بالمعاطاة كإعطاء المهر مثلاً، بل لابد فيه من النطق بالإيجاب والقبول.

ويجوز انعقاد العقد بإشارة الأخرس أو معتقل اللسان المفهومة باتفاق الفقهاء للضرورة، حتى لا يحرم حق التعاقد، لذا نصت القاعدة الفقهية على أن «الإشارات المعهودة للأخرس كالبيان باللسان»[٣]، وقد أجاز فقهاء المالكية والحنابلة التعبير عن الإرادة من الناطق بالإشارة المفهمة المتداولة عرفاً؛ لأنها أولى في الدلالة من الفعل الذي ينعقد به العقد، كما في المعاطاة[٤].

التعاقد بالكتابة:

ويصح التعاقد بالكتابة بين طرفين في رأي الحنفية والمالكية سواء أكانا ناطقين أو عاجزين عن النطق، حاضرين في مجلس واحد أو غائبين، وبأي لغة يفهمها المتعاقدان، بشرط أن تكون الكتابة مستبينة (بأن تبقى صورتها بعد الانتهاء منها)، ومرسومة (مسطرة بالطريقة المعتادة بين الناس بذكر المرسل إليه وتوقيع المرسل)، فإذا كانت غير مستبينة، أو

---

(١) مجلة الأحكام العدلية: (م ١٧٣، ١٧٤).

(٢) المصدر السابق (م ١٧٥).

(٣) المصدر السابق (م ٧٠).

(٤) الشرح الكبير للدردير ٣/ ٣، والمغني لابن قدامة ٥/ ٥٦٢.

غير مرسومة، لم ينعقد بها العقد[١]، وعليه نصت القاعدة الفقهية: «الكتابة كالخطاب»[٢]، مثل أن يرسل شخص خطاباً لآخر يقول فيه: (بعتك سيارتي بكذا) فإذا وصله الكتاب، وقال في مجلس قراءة الكتاب: قبلت، انعقد البيع. أما إن ترك المجلس أو صدر منه ما يدل على الإعراض عن الإيجاب، كان قبوله غير معتبر.

التعاقد بالمراسلة:

وإرسال رسول إلى آخر حاملاً مضمون الإيجاب مثل إرسال الكتاب، يعتبر مجلس وصول الرسول هو مجلس العقد، فيلتزم أن يقبل فيه، فإن قام من المجلس قبل أن يقبل، انتهى مفعول الإيجاب، ويكون المعول عليه هو مجلس بلوغ الرسالة أو الكتابة، كأن يقول شخص: بعت لفلان كذا، فاذهب يا فلان وقل له، فذهب فأخبره، فقبل المشتري في مجلسه ذلك، صح العقد.

وقيد الشافعية والحنابلة صحة التعاقد مطلقاً بالكتابة أو الرسالة فيما إذا كان العاقدان غائبين، أما في حال الحضور فلا حاجة إلى الكتابة؛ لأن العاقد قادر على النطق، فلا ينعقد العقد بغيره[٣].

شروط الإيجاب والقبول:

إن وجود الصيغة من إيجاب وقبول لا يكفي بمجرده لانعقاد العقد ولكي ينتج آثاره الشرعية، فاشترط الفقهاء لانعقاد العقد شروطاً ثلاثة في الإيجاب والقبول[٤]، هي:

---

(١) الدر المختار ورد المحتار ٤/ ١٠ وما بعدها، وفتح القدير ٥/ ٧٩، و بدائع الصنائع ٥ / ١٣٧، والشرح الكبير الدردير مع الدسوقي ٣/ ٣.

(٢) مجلة الأحكام العدلية، مادة: ٦٩.

(٣) المجموع شرح المهذب ١/ ٢٥٧، وغاية المنتهى ٢/ ٤.

(٤) البدائع ٥/ ١٣٦، وفتح القدير ٥/ ٨٠، وحاشية ابن عابدين ٤/ ٥، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٣/ ٥، ونهاية المحتاج ٣/ ٨-١٠، ومغني المحتاج ٢/ ٥ وما بعدها.

١ - توافق الإيجاب والقبول: بأن يكون القبول موافقاً للإيجاب، بأن يرد على كل ما أوجبه الموجب وبما أوجبه، أي على كل محل العقد، ومقدار البدل في عقود المعاوضات، سواء أكانت الموافقة حقيقية، كما لو قال البائع: بعتك الشيء بعشرة، فيقول المشتري: اشتريته بعشرة، أم ضمنية، كما لو قال المشتري في المثال السابق: اشتريته بخمس عشرة، فالتوافق متحقق ضمناً، وهذه المخالفة خير للموجب، لكن لا يلزم العقد إلا بالمقدار الذي وجهه الموجب، أي العشرة، وأما الزيادة فموقوفة على قبول الموجب في مجلس العقد، فإن قبل به الموجب، لزم القابل، لأن المال لا يدخل في ملك إنسان بغير اختياره إلا في الميراث، وهذا مذهب الحنفية، وأما الشافعية فيرون أن أي مخالفة تعد رفضاً للإيجاب[1].

فإن لم يتطابق القبول مع الإيجاب، وحدثت مخالفة بينهما، لا ينعقد العقد، كأن خالف القابل في محل العقد، فقبل غيره، أو بعضه مثل قول البائع: بعتك هذه القطعة من الأرض، فقال المشتري ابتعت القطعة المجاورة لها، أو ابتعت نصفها بنصف الثمن أو البدل المتفق عليه، فلا ينعقد العقد لأن القول لم يوافق الإيجاب، لمخالفة محل العقد، أو لتفرق الصفقة على البائع، والمشتري لا يملك تفريقها، أي تجزئتها، وبالتالي لم يتحقق الرضا الذي وضعت الصيغة للتعبير عنه.

وإذا خالف في مقدار الثمن، فقبل بأقل مما ذكر البائع، لا ينعقد العقد أيضاً وكذا لو خالف في وصف الثمن لا في قدره، كأن أوجب البائع بثمن حال نقدي، فقبل المشتري بثمن مؤجل، أو أوجب بأجل إلى شهر معين، فقبل المشتري بأجل أبعد، لم ينعقد البيع في الحالتين، لعدم تطابق القبول مع الإيجاب وحينئذ لابد من إيجاب جديد.

٢ - وضوح دلالة الإيجاب والقبول: أي أن يكون كل من الإيجاب والقبول واضح الدلالة على مراد العاقدين، بأن تكون مادة اللفظ المستعمل لهما في كل عقد تدل لغة أو

---

(١) انظر: مغني المحتاج ٢/ ٦.

عرفاً عليه نوع العقد المقصود للعاقدين، لأن الإرادة الباطنة خفية؛ ولأن العقود يختلف بعضها عن بعض في الموضوع والأحكام، فإذا لم يعرف بيقين أن العاقدين قصدا عقداً معيناً بعينه، لا يمكن إلزامهما بأحكامه الخاصة به.

ولا يشترط لهذه الدلالة لفظ أو شكل معين، فإن الشكلية في غير عقد الزواج الذي لابد فيه من الشاهدين، والعقود العينية التي يشترط فيها القبض لتولد آثار العقد (وهي الإيداع والإعارة والرهن والهبة والقرض) غير مطلوبة فقهاً، لأن العبرة في العقود للمعاني، لا للألفاظ والمباني.

٣- **اتصال القبول بالإيجاب**: بأن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد إن كان الطرفان حاضرين معاً، أو في مجلس علم الطرف الغائب بالإيجاب. ويتحقق الاتصال بأن يعلم كل من الطرفين بما صدر عن الآخر، بأن يسمع الإيجاب ويفهمه، وبألا يصدر منه ما يدل على إعراضه عن العقد، سواء من الموجب أو من القابل.

مجلس العقد:

هو الحال التي يكون فيها المتعاقدان مشتغلين فيه بالتعاقد، أو هو اتحاد الكلام في موضوع التعاقد.

جاء في المادة (١٨) من مجلة الأحكام العدلية بأنه: «الاجتماع الواقع لأجل التعاقد».

وقد عرفه الأستاذ الزرقاء بأنه: «المدة الزمنية التي تكون بعد الإيجاب والطرفان مقبلان على التعاقد دون إعراض أحدهما»[١].

أما علماء القانون فقد عرفوه بقولهم: «هو المكان الذي يضم المتعاقدين، وليس الملحوظ فيه المعنى المادي للمكان بل الملحوظ فيه هو الوقت الذي يبقى فيه المتعاقدان

---

(١) شرح القانون المدني السوري: مصطفى الزرقاء ١/ ٩٠.

منشغلين بالتعاقد دون أن يصرفهما عن ذلك شاغل آخر»[١]، وقولهم: «إنه الفترة التي يقع فيها تلاقي الطرفين لعقد العقد»[٢].

ومن مجموع التعريفات التي وردت في الشريعة والقانون يظهر أن مجلس العقد هو: المدة التي تفصل بين صدور الإيجاب والقبول المعتبرين شرعاً.

مجلس العقد بين الغائبين:

ما ذكر آنفاً من تعريف لمجلس العقد يستوي فيه العقد بين الحاضرين وبين الغائبين، ولكن نظراً لطبيعة التعاقد بين الغائبين فإننا نجد ثمة فارقا بين العقدين يتمثل في أن التعاقد بين غائبين إنما يكون إذا لم يجمع المتعاقدين مجلس واحد يجعل الاتصال بينهما مباشرة بل يكون الموجب في مكان يختلف عن مكان القابل، ويكون الإيجاب موجهاً إلى شخص غير ماثل أمام الموجب بنفسه أو بمن ينوب عنه.

ومن جهة أخرى، يفترض في التعاقد بين غائبين تدخل وسيط لإيصال إرادة أحد الطرفين بغية اتحادهما بإرادة الآخر، سواء كانت الوسيلة آلة ميكانيكية أو أوتوماتيكية كالهاتف أو البرق أو التلكس أو بشراً كالرسول. ففيصل التفرقة بين عقد الحاضرين وعقد الغائبين هو وجود فترة زمنية تفصل بين صدور القبول وعلم الموجب به، إذ لا توجد مثل هذه المدة في حالة التعاقد بين حاضرين، ومن الممكن أن يصدر الإيجاب والمتعاقدان في مجلس واحد، ولكن عندما يصدر القبول لا يكونان كذلك، فحينئذ ينطبق على عقدهما حكم التعاقد بين غائبين.

---

(١) الوسيط في شرح القانون المدني: د. السنهوري ١/ ٢٤١.

(٢) النظرية العامة للالتزامات: شفيق شحاتة ١/ ٣٨.

فالعبرة إذن ليست باتحاد أو اختلاف مجلس العقد بل بتخلل فترة زمنية بين صدور القبول والعلم به[١]، فالمراد باتحاد المجلس: اتحاد الزمن أو الوقت الذي يكون المتعاقدان مشتغلين فيه بالتعاقد، فمجلس العقد: هو الحال التي يكون فيها المتعاقدان مقبلين على التفاوض في العقد[٢]، وعن هذا قال الفقهاء: «إن المجلس يجمع المتفرقات»[٣]، وعليه فإن مجلس العقد بين المتعاقدين الغائبين هو مجلس بلوغ الكتاب أو أداء الرسالة، أي المجلس الذي يكون فيه القبول.

شروط تحقيق معنى اتصال القبول بالإيجاب:

١- أن يكونا في مجلس واحد - اتحاد المجلس -.

٢- ألا يصدر من أحد المتعاقدين ما يدل على إعراضه.

٣- ألا يرجع الموجب في إيجابه قبل قبول القابل الآخر.

ويترتب على الشرط الأول، وهو اتحاد مجلس الإيجاب والقبول: أنه لا يجوز أن يكون الإيجاب في مجلس، والقبول في مجلس آخر، لأن الإيجاب لا يعد جزءاً من العقد إلا إذا التحق به القبول، جاء في الفتاوى الهندية، «ومنها - شروط الصيغة - أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد حتى لو اختلف المجلس بأن كانا حاضرين فأوجب أحدهما فقام الآخر عن المجلس قبل القبول، أو اشتغل بعمل يوجب اختلاف المجلس بطل العقد»[٤].

---

(١) انظر: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: د. السنهوري ١/ ٢٥٤، والموجز في شرح القانون المدني: د. عبدالمجيد عبد الحكيم ١/ ٩١، والنظرية العامة للالتزام: د. جميل الشرقاوي ١/ ٢٧٥.

(٢) انظر: المدخل الفقهي العام: مصطفى الزرقاء: ص١٧١.

(٣) انظر: البدائع ٥/ ١٣٧.

(٤) الفتاوى الهندية ١/ ٢٦٩.

وجاء في الفروع للحنبلي: «وإن تراخى عنه - القبول عن الإيجاب - صح إن لم يتشاغلا بما يقطعه عرفا»[(١)].

وقال النووي في الروضة: «يشترط أن لا يطول الفصل بين الإيجاب والقبول، وأن لا يتخللهما كلام أجنبي عن العقد فإن طال أو تخلل لم ينعقد سواء تفرقا عن المجلس أو لا»[(٢)].

فورية القبول:

لا يشترط جمهور الفقهاء من الحنفية[(٣)] والمالكية[(٤)] والحنابلة[(٥)] الفورية في القبول، ويجيزون تراخي القبول إلى آخر المجلس، ولكنه لا يتفق وقول الشافعية باشتراط الفورية[(٦)]، واحتج الجمهور لقولهم بأن الفور هو الأصل، ولكن عدم مراعاته اقتضتها الضرورة وهي أن القابل يحتاج إلى النظر والتروي كي يقرر ما إذا كان العقد في مصلحته فيقبل وإلا رفض، فلو كان القبول على الفور لأجحفنا بحقه بتفويت فرصة التأمل عليه، وإنما يكفي صدور القبول في مجلس واحد، ويرى الجمهور أنه إذا كان المتعاقدان قد اتفقا على مدة للقبول، فللقابل أن يؤخر إصدار قبوله ما لم تنقضِ المدة المضروبة. أما إذا لم تتحدد مدة فإنهم يعطون للقابل حق التأخير إلى آخر المجلس شريطة أن يبقى الإيجاب

---

(١) الفروع لابن مفلح المقدسي ٤/ ٤.

(٢) روضة الطالبين ٣/ ٣٤٠.

(٣) تبيين الحقائق للزيلعي٢/ ٩٦، وحاشية رد المحتار لابن عابدين ٣/ ١٤، وبدائع الصنائع للكاساني ٢٩٩/٦.

(٤) بلغة السالك: أحمد بن محمد الصاوي المالكي ٢/ ٣، وحاشية الدسوقي لابن عرفة ٣ / ١٤٧.

(٥) الفروع لابن مفلح المقدسي ٤/ ٤، وكشاف القناع للبهوتي ٣/ ١٤٧.

(٦) كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار لتقي الدين الحصني الدمشقي الشافعي ١/ ١٤٧، وحاشية الباجوري: إبراهيم الباجوري ١/ ٣٣٩، وإعانة الطالبين: السيد البكري ٢/ ٦.

قائماً، وأن لا يوجد ما يبطله من إعراض صريح أو ضمني.، لأن المجلس الواحد يجمع المتفرقات للضرورة، وفي اشتراط الفورية تضييق على القابل، أو تفويت للصفقة من غير مصلحة راجحة، فإن رفض فوراً، فتضيع عليه الصفقة، وإن قبل فوراً، فربما كان في العقد ضرر له،فيحتاج لفترة تأمل، للموازنة بين ما يأخذ أو يغنم، وبين ما يعطي أو يغرم في سبيل العقد، لأن المجلس جامع للمتفرقات، فتعتبر ساعاته وحدة زمنية تيسيراً على الناس، ومنعاً للمضايقة والحرج، ودفعاً للضرر عن العاقدين قدر الإمكان.

ورأي الجمهور هو الأولى بالأخذ به لما فيه من مراعاة مصلحة العاقدين ودفع الغبن عنهما، كما أنه يتفق مع قول رسول الله ﷺ فيما رواه ابن عمر رضي الله عنهما: (**الْمُتَبَايِعَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ عَلَى صَاحِبِهِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا إِلاَّ بَيْعَ الْخِيَارِ**)(١).

والمراد **بالشرط الثاني**: ألا يصدر من أحد العاقدين ما يدل على إعراضه عن العقد: أن يكون الكلام في موضوع العقد، وألا يتخلله فصل بكلام أجنبي يعد قرينة على الإعراض عن العقد.

تغيير المجلس:

إن العرف الشائع بين الناس هو المحكَّم في بيان اتحاد المجلس أو تغيُّره، فإذا صدر القبول في حال اتحاد المجلس، نشأ العقد، وإذا صدر القبول بعد تغير المجلس، لم يعتبر ولم ينشأ به العقد. وضابط ذلك أن القبول يكون معتبراً ما دام لم يتخلل بينه وبين الإيجاب ما يعد إعراضاً عن العقد من الطَرفين، وما دام المجلس قائماً. وتحقيق هذا المبدأ عند الحنفية: أنه لو أوجب أحد الطرفين البيع، فقام الآخر عن المجلس قبل القبول، أو اشتغل بعمل

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ٣/ ٨٣، كتاب البيوع، باب: البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، رقم ١٩٦٩، و مسلم في صحيحه ١٠/ ١٧٣، كتاب البيوع، باب: ثبوت خيار المجلس للمتبايعين، رقم ٢٨٢١.

آخر يوجب اختلاف المجلس، ثم قبل، لا ينعقد العقد، لأن القيام دليل الإعراض والرجوع عن العقد(١).

ويترتب على الشرط الثالث: ألا يرجع الموجب في إيجابه قبل قبول القابل أنه لابد لانعقاد العقد من استمرار الموجب على إيجابه الذي وجهه للقابل، فإن عدل عن إيجابه، لم يصح القبول. ويصح في رأي الجمهور غير المالكية العدول عن الإيجاب في مجلس العقد، فللموجب أن يرجع عن إيجابه قبل صدور القبول من الطرف الآخر، ويبطل الإيجاب حينئذ، لأن الالتزام لم ينشأ بعد، ولا ينشأ إلا بارتباط القبول بالإيجاب، ولأن الموجب حر التصرف بملكه وحقوقه، وبإيجابه أثبت للطرف الآخر حق التملك، وحق الملك أقوى من حق التملك. فيقدم عليه عند التعارض؛ لأن الأول ثابت لصاحبه أصالة والثاني لا يثبت إلا برضا الطرف الأول، والتراضي بين الجانبين أساس لصحة العقود(٢).

وقال أكثر المالكية: ليس للموجب الرجوع عن إيجابه، وإنما يلتزم بالبقاء على إيجابه حتى يعرض الطرف الآخر عنه، أو ينتهي المجلس، لأن الموجب قد أثبت للطرف الآخر حق القبول والتملك، فله استعماله وله رفضه، فإذا قبل ثبت العقد، وإذا أعرض عن الإيجاب، لم ينشأ العقد، وعليه لا يكون الرجوع مبطلاً للإيجاب(٣).

تعيين مدة القبول:

أن التقيد بالمدة الزمنية التي يحددها مجلس العقد إنما يكون في حالة عدم اتفاق المتعاقدين على مدة معينة يتم العقد خلالها، فإن العقد يبقى قائماً طوال تلك المدة، فإذا

---

(١) انظر: البدائع ٥/ ١٧٣، وفتح القدير مع العناية ٥/ ٧٨-٨٠.

(٢) انظر: البدائع ٥/ ١٣٤، ومغني المحتاج ٢/ ٤٣، وغاية المنتهى ٢/ ٢٩.

(٣) انظر: مواهب الجليل ٤/ ٢٤١.

انتهت المدة قبل تفرق العاقدين من المجلس، وقبل وجود إعراض صريح أو ضمني من أحدهما، فإن المجلس يعتبر منتهياً ولا عبرة بالقبول بعد ذلك.

أما إذا تفرق العاقدان، أو وجد الإعراض والمدة المتفق عليها لم تنته بعد، فإن الحنفية والحنابلة يمنعون ذلك ويقولون بأن المجلس ينتهي بالتفرق أو الإعراض ولو كانت المدة المتفق عليها لا تزال باقية. ووجه قول الحنفية والحنابلة أن هذا النوع من الاتفاق يتنافى مع فكرة اتحاد المجلس التي تقضي بانتهاء المجلس بحدوث إعراض صريح أو ضمني، وأن الوقت الزائد له صفة التبرع فلا يصح أن يكون ملزماً.

أما المالكية فقالوا بأن المجلس يستمر قائما ما بقيت المدة. فيرون أن اتفاقهم نابع عن إرادتهم، والمسلمون على شروطهم ما لم تصادم الشرع[1].

اتحاد المجلس في التعاقد بين الغائبين:

قبل أن أبين المراد باتحاد مجلس عقد الغائبين، أقدم فكرة عن موقف الشريعة الإسلامية وآراء الفقهاء في التعاقد بين الغائبين.

التعاقد بين الغائبين:

يرى جمهور الفقهاء - كما تدل على ذلك نصوصهم - أن التعاقد في حالة تباعد المتعاقدين وافتراقهما جائز، وذلك عن طريق الرسالة والكتابة لأنهما الوسيلتان اللتان كان إجراء العقد بين الغائبين ممكنا بواسطتهما في زمانهم[2].

---

(١) أحكام المعاملات للشيخ علي الخفيف: ص١٧٥، والمذهل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية: محمد مصطفى شلبي: ص٢٤٣.

(٢) انظر: الفتاوى الهندية ١/ ٢٦٩، وروضة الطالبين ٣/ ١٣٨، وكشاف القناع ٣/ ١٤٨، والمدخل لدراسة الفقه الإسلامي د. حسين حامد حسان: ص٢٤٤.

وعلة الجواز التيسير على الناس وتسهيل معاملاتهم، إذ لو اشترط الحضور أو التوكيل لكل عقد، لوقع الناس في الحرج والمشقة، فكان في إباحة ذلك تجاوب مع مقاصد الشريعة في التيسير ورفع الحرج.

فمن المنظور الإسلامي تقوم الكتابة والرسالة بين الغائبين مقام النطق بين الحاضرين، وعلى هذا الاعتبار وُضِعَت القاعدةُ الفقهيةُ القائلةُ: «الكتاب كالخطاب»، والمقصود بالكتاب الخطاب تكتب فيه عبارة الإيجاب أو القبول موجهة من أحد العاقدين إلى الآخر، وأما الرسالة فهي أن يرسل العاقد للعاقد الآخر رسولاً يبلغه الإيجاب شفاها باللفظ. وصورة العقد بالكتابة أو الرسالة سبق ذكرهما آنفاً عند الكلام عن صيغة العقد.

اتحاد مجلس العقد بين الغائبين:

سبق القول أن اتحاد المجلس شرط لتمام العقد سواء كان بين حاضرين أو بين غائبين، ولكن لما كان المتعاقدان غيابياً تفصل بينهما الشقة، ويحتاجان إلى وسيلة لنقل كلام أحد الطرفين إلى الآخر فإن مجلس العقد بالنسبة لهما يبدأ من وقت بلوغ الكتاب أو أداء الرسالة.

وبناء على ذلك فاتحاد المجلس يتحقق بأن يصدر القبول ممن وجه إليه الإيجاب في مجلس علمه به عن طريق الكتاب أو الرسول، دون حدوث إعراض أو انشغال من القابل بقول أو عمل، فإذا نقل الرسول الإيجاب للعاقد الآخر، أو قرأ الخطاب فقبل في مجلس أداء الرسالة أو قراءة الخطاب انعقد العقد واتحد المجلس حكماً؛ لأن لفظ القابل قد اتصل بلفظ الموجب الذي نقله الرسول أو حملته الرسالة.

إبرام العقود عبر وسائل الاتصال الحديثة:

إن الإسلام بحكم كونه منهج حياة ودستور أمة، ونظاماً صالحاً لكل زمان ومكان، وما من صغيرة ولا كبيرة إلا أحصاها الله ﷻ في كتابه العزيز وسنة نبيه ﷺ، ومصادر التشريع المختلفة بما يتناسب والتطور الحضاري على مر العصور والأزمنة وبما فيه من التيسير والتسهيل على الأمة، لذا كان من الطبيعي أن تستوعب تعاليمه وقواعده الكلية

توظيف البرقية والهاتف والتلكس وسائر ما أحدثه العلم من وسائل الاتصال الحديثة، بحيث تكون وسيلة لإجراء العقود؛ لأن هذه الوسائل هي عبارة لما حرره المرسل بنفسه ووقّع عليه فيعلم منها رغبته في إنشاء العقد.

وقد ذكر آنفاً أن اتحاد المجلس هو: اتحاد الزمن أو الوقت الذي يكون المتعاقدان مشتغلين فيه بالتعاقد، وسيتم فيما يلي تناول مسألة إبرام العقود عبر وسائل الاتصال الحديثة مثل البرقية والتلكس والهاتف.

التعاقد بالهاتف:

الهاتف: من وسائل الإيجاب الصريحة، وهو من وسائل الاتصال الحديثة لنقل اللفظ، وتشتمل أيضاً على: اللاسلكي، والراديو، والتلفزيون، والتعاقد بالهاتف والوسائل المماثلة مما أطبقت نصوص القوانين الوضعية على صلاحيته لإجراء العقود به، بل إن في نصوص فقهاء الشريعة الإسلامية ما يمكن أن نعتبره لفكرة التعاقد بالهاتف.

ومن جانب آخر، إن الأساس في العقود هو صدور ما يدل على الرضا بصورة واضحة مفهومة، وذلك متحقق في التليفون حيث إن التعبير يتم من خلال اللفظ الذي هو محل الاتفاق بين الفقهاء، وما التليفون إلا وسيلة لتوصيل الصوت فحسب، فالقاعدة الأساسية في العقود هي تحقق الرضا للطرفين والتعبير عنه.

والسؤال الذي يدور حول التعاقد بالهاتف وغيره من وسائل الاتصال الأخرى، هل يعتبر تعاقداً بين حاضرين أم غائبين؟

قال الشيخ أحمد إبراهيم[1]: «وأما العقد بالتليفون فالذي يظهر أنه كالعقد مشافهة، مهما طالت الشقة بينهما، ويعتبر العاقدان كأنهما في مجلس واحد، إذ المعنى المفهوم من اتحاد

---

(١) هو: الشيخ أحمد إبراهيم بك، علم من أعلام الفقه الإسلامي في القرن ١٤ الهجري، وكان من أعضاء المجمع اللغوي بالقاهرة، امتاز بأبحاثه في المقارنة بين المذاهب والشرائع، له نحو ٢٥ كتاباً. انظر: الأعلام ١/ ٨٦.

المجلس أن يسمع أحدهما كلام الآخر، ويتبينه، وهذا حاصل في الكلام بالتليفون، كما هو مشاهد لنا، غاية الأمر أنه يحتمل الكذب وتصنع صوت الغير، لكن هذا قد يحصل في الرسالة والكتابة أيضاً»(١).

ويؤيد هذا ما قرره الشافعية من أن المتعاقدين لا يشترط فيهما قرب المكان ولا رؤية بعضهما في صحة العقد، قال النووي: «لو تناديا وهما متباعدان وتبايعا صح البيع بلا خلاف»(٢).

يقول الدكتور وحيد الدين سوار: «لما كان الضابط المميز للتعاقد بين غائبين هو وجود فترة زمنية تفصل بين صدور القبول وبين علم الموجب به، ولما كان هذا الضابط لا وجود له في حالة التعاقد بالتليفون أو بأية طريقة مماثلة لهذا، قرر الشرع اعتبار التعاقد بالتليفون كأنه قد تم بين حاضرين فيما يتعلق بالزمان؛ لأنه لا يفصل إعلان القبول عن العلم به فترة من الزمن بل يقعان في وقت واحد، لذلك يتم العقد من وقت إعلان القبول، وهو وقت العلم بالقبول كذلك، وبين غائبين فيما يتعلق بالمكان، أي يعتبر قد تم في مكان الموجب إذ فيه يحصل العلم بالقبول»(٣).

ونجد مواد القوانين المختلفة وعبارات رجال القانون تتجه إلى اعتبار التعاقد بالهاتف وما شاكله من الوسائل تعاقداً بين حاضرين من حيث الزمان، وبين غائبين من حيث المكان، ومستند هذا القول: أن الفرق بين عقد الحاضرين والغائبين يتمثل في وجود فترة زمنية تفصل بين صدور القبول وعلم الموجب به، وعدم وجود مثل هذا الفاصل؛ لأن الفارق الزمني بين إعلام القبول وبين علم الموجب به معدوم أو هو في حكم المعدوم.

---

(١) العقود والشروط والخيارات: ص٦٥٦ للشيخ أحمد إبراهيم- (مجلة القانون والاقتصاد، السنة الرابعة، العدد ٥).

(٢) المجموع للنووي ٩/ ١٩٣.

(٣) التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي: د. وحيد الدين سوار: ص١١٨.

وعليه، فالرأي القانوني السائد، هو أن التعاقد بالهاتف وما إليه من الوسائل الحديثة للاتصال ليس تعاقداً بين حاضرين من كل وجه، ولا بين غائبين من كل وجه، فالمتعاقدان لا يجمعهما مكان واحد، وليس ثمة فاصل زمني بين القبول والعلم به، لذا ساد القول بأنه تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان لعدم الفاصل الزمني وبين غائبين من حيث المكان نظراً لبعد الشقة بينهما[1]، وبهذا أخذ القانون المصري في المادة (٩٤)، والقانون السوري في المادة (٩٥)، والقانون الكويتي في المادة (٥٠)، والقانون المدني الأردني في المادة (١٠٢)، والمادة (١١٣) من قانون دولة الإمارات، والمادة (٨٨) من القانون المدني العراقي.

التعاقد عبر وسائل الاتصال الحديثة كالبرقية والفاكس لنقل المكتوب مباشرة:

في مقدور الإنسان أن ينقل ما كتبه خلال ثوانٍ، أو دقائق معدودة، إلى المكان الذي يريده ما دام لديه جهاز الفاكس، أو التلكس، حيث ينقل حرفياً، بل إن الفاكس ينقل صورة منه طبق الأصل فيوصله إلى الجهاز الآخر مهما كان بعيداً.

والتعاقد بالتلكس لا يختلف عن التعاقد بالهاتف: «فالتلكس من وسائل الاتصالات التي تتم بها معظم حالات تبادل الإيجاب والقبول التي تترك أثراً مكتوباً، وينعقد العقد في حالة تبادل الرسائل عن طريق التلكس في اللحظة والمكان الذي يصل فيه الموجب قبول من وجه إليه الإيجاب، وحيث إن الموجب يعلم بهذا القبول حين يقرأ الرد على آلة

---

(١) انظر: شرح القانون المدني السوري: مصطفى الزرقاء، ص١٣٤، والموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري: د. السنهوري، ص٧٨، والنظرية العامة للالتزام: د. عبد الحي حجازي٣/ ١٨٣، والوسيط في شرح القانون المدني الأردني: د. محمد سلام مدكور ورفاقه ٣/ ١٠٥، ونظرية العقد: د. السنهوري: ص٢٥٢، والمصادر الإرادية للقانون المدني الليبي: د. ثروت حبيب: ص٨، والموجز في القانون المدني: د. عبد المجيد عبد الحكيم: ص٩٥.

التلكس التي يستخدمها زمان العقد، فيعتبر أنه انعقد في المكان الذي توجد فيه الآلة وفي اللحظة التي وصل فيها الرد» [1].

وحكم العقود من خلال جهاز الفاكس هو كحكم التعاقد بالكتابة سواء بسواء، إذ إنه ينقل صورة حقيقية من خطابك وتوقيعك دون أي تغيير، أو تبديل، وأما البرقية والتلكس: فهما كذلك مثل الكتابة لكنه مع فارق أن البرقية، أو التلكس لا ينقلان صورة، وعليه فإن التعاقد بهذه الأجهزة مثل التعاقد عبر الكتابة، وبالتالي ينطبق عليها أحكام التعاقد بين الغائبين في جميع تفصيلاتها التي سبق ذكرها، سواء من حيث زمان تمام العقد أو مكانه وما يبنى على الاختلاف بينهما من آثار.

المقصود بشبكة المعلومات العالمية:

هي: «عبارة عن مجموعة كبيرة من أجهزة الحاسب الآلي حول العالم تتبادل المعلومات فيما بينها عبر الهاتف» [2].

وظائف شبكة المعلومات العالمية:

لشبكة المعلومات العالمية وظائف عديدة من أهمها [3]: تبادل المعلومات، والمراسلة - البريد الإلكتروني - ومنتديات الحوار، وخدمة الاتصال من بعد، والتعليم من بعد، والتجارة الإلكترونية.

---

(١) انظر: أساسيات نظرية الالتزام: د. برهام محمد عطا الله، ص٦٥، بتصرف.

(٢) انظر: دليل مواقع الإنترنت: منصور محمد محروس، ص١.

(٣) انظر: مقدمة في الحاسب الآلي وتقنية المعلومات- طارق بن عبد الله الشدي، ص٢٠١-٢١٦، والتنظيم القانوني لشبكة الإنترنت: طوني ميشال عيسى، ص٥٥، والتجارة على الإنترنت: سايمون كولن، نقله إلى العربية/ يحيى مصلح: ص٢٢.

أهمية شبكة المعلومات العالمية:

يمكن إدراك أهمية شبكة المعلومات العالمية من طريق لغة الأرقام، فتشير الإحصائيات إلى أنه بلغ عدد المستخدمين للشبكة في العالم في ١/ ١٩٩٦م، ٣٣ مليون مستخدم، وخلال ست سنوات فقط وفي عام ٢٠٠٢م بلغ العدد ٢.١٣٣ مليون مستخدم.

وهذه الإحصائيات تظهر بجلاء مدى أهمية شبكة المعلومات العالمية، لقد غدت الإنترنت من سمات هذا العصر، ومن أبرز خصائصه، ولئن كانت الإنترنت تستعمل من قبل الأكاديميين والأشخاص المهتمين بتقنية المعلومات والحاسب بشكل عام، فإننا نرى اليوم أن الاهتمام بالإنترنت يزداد على نطاق واسع ولا سيما في المجال التجاري، وهو ما يعرف بالتجارة الإلكترونية.

حكم استخدام شبكة المعلومات العالمية - الإنترنت -:

إن شبكة المعلومات العالمية حدث ضخم في زمننا المعاصر، ورغم حداثتها فإن عدد المستخدمين قد بلغ مطلع ٢٠٠٢م أكثر من ٢١٣٣ مليون مستخدم على مستوى العالم. فإذا كان الأمر كذلك، فإن استخدام الشبكة تعتريه الأحكام التكليفية الخمسة (الوجوب، والندب، والإباحة، والتحريم، والكراهية)، فقد يكون استخدامها والدخول فيها واجباً، وذلك في حق العالم المتمكن القادر على استخدامها إذا تعين في حقه وجوب بيان حكم شرعي، أو الرد على شبهة مضلة، يقول الشيخ ابن عثيمين: «أرى أنه يجب استخدام وسائل الإعلام في الدعوة إلى الله عز وجل، لأن ذلك مما تقوم به الحجة، وأرى أنه يجب استغلال هذه الفرصة، ونشر الدعوة إلى الله تعالى من خلال هذه الوسائل»[1].

ولقد أسهمت المواقع الإسلامية على شبكة المعلومات العالمية في نشر العلم الشرعي والدعوة إلى دين الله، وإقامة الحجة على الخلق، والدفاع عن دين الله، والذبِّ عن عقيدة الإسلام.

---

(١) الصحوة الإسلامية- ضوابط وتوجيهات- الشيخ محمد بن صالح بن عثيمين: ص١٧٨.

* وقد يكون استخدامها محرماً، وذلك في حق من يستعين بها على فعل المحرمات كالدخول على المواقع الإباحية، وغيرها مما يعمل على نشر المذاهب الهدامة والأخلاق الرديئة.

* وقد يكون استخدامها مستحباً، وذلك في حق من يستفيد منه في فضائل الأعمال والأخلاق، والتزود بالخير وغير ذلك.

* وقد يكون استخدامها مكروها في حق من يسرف في استعمال الشبكة في غير مصلحة ظاهرة، أو ينشغل بها عن نوافل الطاعات والعبادات.

* وقد يكون استخدامها مباحاً إذا كان فيما لا محرم فيه ولا مكروه كالإطلاع على الصحف، ومعرفة الأخبار والمعلومات العامة وغير ذلك.

وسأتناول هنا التجارة الإلكترونية لارتباطها بموضوع البحث:

إبرام العقود التجارية:

يعيش العالم في هذا العصر ثورة معلوماتية هائلة من خلال التطور في وسائل الاتصال الحديثة والتقنيات المتطورة في هذا المجال، جعلت العالم كله من الناحية المعلوماتية والاتصالاتية قرية واحدة، ولذلك أطلق على هذا العصر (عصر المعلومات) و(عصر الاتصالات).

ولعل من أبرز الاستخدامات الحديثة للتقنية، إبرام العقود التجارية عبر الإنترنت وهو جزء مما اصطلح على تسميته بالتجارة الإلكترونية. لقد أحدثت التجارة الإلكترونية تغييراً في الفكر الاقتصادي لم يكن يدور في خلد معظم المفكرين في قطاع المال والأعمال. وحظي هذا الأسلوب الجديد من أساليب التجارة الحديثة باهتمام عالمي متزايد، ومن أبرز المؤشرات على تزايد الاهتمام بالتجارة الإلكترونية ما شهدته السنوات الماضية من زيادة مطردة في حجم ومعدلات نمو التجارة الإلكترونية. ولقد أصبح للتجارة الإلكترونية تأثيرات واضحة على أسلوب إدارة الأنشطة الاقتصادية وممارسة الأعمال التجارية وما يتصل بها من خدمات.

المراد بالتجارة الإلكترونية:

وردت عدة تعاريف للتجارة الإلكترونية، منها:

أولاً: هي تنفيذ بعض أو كل المعاملات الجارية في السلع والخدمات باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات(١).

ثانياً: هي العمليات التجارية التي تتم عبر المبادلات الإلكترونية(٢).

ثالثاً: هي مجمل العمليات التي تحكم المعاملات التجارية والتفاوضية بين الشركات والمؤسسات والأفراد بطريقة إلكترونية(٣).

رابعاً: هي عملية ترويج وتبادل السلع والخدمات وإتمام صفقاتها باستخدام وسائل الاتصال وتكنولوجيا تبادل المعلومات الحديثة من بعد، ولا سيما شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت)، دون الحاجة إلى انتقال الأطراف والتقائهم في مكان معين، سواء أمكن تنفيذ الالتزامات المتبادلة إلكترونياً أو استلزم الأمر تنفيذها بشكل مادي ملموس(٤).

أنواع العقود التجارية عبر شبكة المعلومات العالمية:

١ - عقود البيع والشراء.

---

(١) انظر: البلاد العربية والتجارة الإلكترونية- حافظ التونسي- (أبو ظبي، مجلة أخبار النفط والصناعة، العدد ٣٥٧): ص٢٤.

(٢) مجموعة النصوص القانونية المتعلقة بالمعلوماتية والاتصالات- جمع وترتيب/ علي كحلون- (تونس، دار إسهامات في أدبيات المؤسسة، ٢٠٠١م): ص١٣.

(٣) المستلزمات القانونية لتنظيم ونفاذ عقود التجارة الإلكترونية- صدقي حسن سليمان- (عمان، ٢٠٠٠م) ص١.

(٤) انظر: الإنترنت والقانون الدولي الخاص: فراق أم تلاق؟ د. أحمد عبد الكريم سلامة، ضمن أبحاث مؤتمر (القانون والكمبيوتر والإنترنت) المجلد الثاني: ص٢٨ من بحثه.

٢- عقود الإيجار.

٣- عقود التأمين.

حكم التجارة الإلكترونية:

عقدت في يوم ٢٣ مارس سنة ٢٠٠٠م ندوة علمية[١] لدراسة أبعاد التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت وموقف الشريعة الإسلامية منها، وقد قام الباحثون في هذه الندوة ببحث مدى مشروعية التجارة الإلكترونية من خلال ردها إلى المبادئ الأصولية والقواعد الكلية في الشريعة الإسلامية، حيث خلصت إلى أن هذا النوع من التجارة يتوافق تماماً مع مبادئ وقواعد الشريعة الإسلامية الغراء، فهي حلال شرعاً، وذلك لأن الشارع الحكيم قد اقتصر على وضع الأسس العامة والمبادئ الكلية في تشريعه للأحكام العملية والمتعلقة بالمعاملات والتي لا تختلف باختلاف الزمان والمكان، ومن ثم فليس في أحكام الشريعة الإسلامية ما يمنع من الاستفادة من الإنترنت في مجال التجارة، ما دام التعامل يتم في إطار القواعد الشرعية العامة.

إبرام العقود غير التجارية عبر شبكة المعلومات العالمية:

أنواع العقود غير التجارية:

مثل: عقد النكاح، وإيقاع الطلاق، وعقد القرض، وعقد الوكالة، وعقد الضمان.

إجراء عقد النكاح بوسائل الاتصال الحديثة:

كان لعقد النكاح نصيب من وسائل الاتصال الحديثة، فكل واحد من الخاطبين بإمكانه رؤية الطرف الآخر عبر أجهزة الاتصال. وهو كسائر العقود قد يتم بين حاضرين

---

(١) في مركز صالح كامل للاقتصاد الإسلامي في جامعة الأزهر.

في المجلس أو غائبين عنه، وفي حالة انعقاده بين غائبين ينطبق عليه ما سبق ذكره عن إجراء العقد بين الغائبين، فإجراؤه جائز - من حيث المبدأ - بالهاتف وماليه.

يقول د. بدران أبو العينين: «والزواج بالهاتف جائز وتعتبر المحادثة مجلس العقد ما دام الكلام بين المتعاقدين في شأن الزواج، فإذا انتقلا من حديث الزواج إلى حديث في موضوع آخر انتهى مجلس العقد ويبطل الإيجاب»[١].

عقد النكاح يمكن أن يجري من طريق الإنترنت بطريقين: الكتابة والمشافهة.

الطريق الأول: الكتابة: ويتم ذلك بالتخاطب بين أفراد العقد كتابة، فيقوم أطراف عقد النكاح بإبرام العقد من طريق لوحة المفاتيح مثلاً، وقد اختلف الفقهاء في إجراء عقود النكاح من طريق الكتابة على قولين:

القول الأول: المنع من ذلك، وهو مذهب الجمهور (المالكية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤].

قال النووي: «إذا كتب النكاح إلى غائب أو حاضر لم يصح وقيل يصح في الغائب وليس بشيء»[٥].

القول الثاني: جواز إجراء عقد النكاح بالكتابة، وهو مذهب الحنفية بشرط الإشهاد عند القبول.

جاء في حاشية ابن عابدين: «كما ينعقد النكاح بالكتابة ينعقد البيع وسائر التصرفات بالكتابة أيضا... لو كان حاضراً فخاطبها بالنكاح فلم تجب في مجلس الخطاب ثم أجابت

---

(١) الزواج والطلاق في الإسلام: د. بدران أبو العينين، ص٤١.

(٢) انظر: الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك: للدردير ٢/ ٣٥٠.

(٣) انظر: روضة الطالبين ٧/ ٣٧.

(٤) انظر: الإنصاف ٨/ ٥٠.

(٥) روضة الطالبين ٧/ ٣٧.

في مجلس آخر فإن النكاح لا يصح، وفي الكتاب إذا بلغها وقرأت الكتاب ولم تزوج نفسها منه في المجلس الذي قرأت الكتاب فيه، ثم زوجت نفسها في مجلس آخر بين يدي الشهود وقد سمعوا كلامها وما في الكتاب يصح النكاح»[(١)].

واشترط الحنفية لصحة عقد النكاح بالكتابة ما يلي:

١- أن لا يكون العاقد حاضراً بل غائباً.

٢- أن يشهد العاقد شاهدين على ما في الكتاب عند إرساله.

٣- أن يصرح المرسل إليه بالقبول لفظاً لا كتابة، إذ الكتابة من الطرفين بلا قول لا تكفي.

٤- أن يشهد الغائب حين يأتيه الخطاب شاهدين، ويعرفهم بواقع الحال، ويصرح أمامهم بالقبول.

وبذلك يحكم الحنفية بأن الشهود سمعوا الإيجاب الذي تضمنه الكتاب والقبول الذي تلفظت به المرأة[(٢)].

وعند التأمل في هذه الشروط التي وضعها الحنفية نجد أنها تتفق مع ما عهد عن الشارع الحكيم من الاحتياط للفروج وصيانتها حتى يحاط هذا العقد بكل رعاية وعناية، فعقد النكاح ميثاق غليظ، فناسب إحاطته بمثل هذه الشروط والقيود.

الطريق الثاني: إجراء عقد النكاح مشافهة عبر الإنترنت.

فيتم إجراء عقد النكاح بين أطرافه مشافهة، كل واحد يسمع كلام الآخر، والشهود يسمعون كلام الطرفين لحظة بلحظة، بل ربما شاهدوهما مباشرة عبر شاشات الحاسب

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ٤/ ٥١٢.

(٢) المصدر السابق: ٣/ ١٢.

الآلي. وبالنظر إلى ما يشترطه العلماء على اختلاف مذاهبهم في عقد النكاح من التلفظ بالإيجاب والقبول، وسماع كل من العاقدين الآخر، والموالاة بين الإيجاب والقبول، وسماع الشهود للإيجاب والقبول، فكل ذلك متوافر ولذلك ذهب جمع من الفقهاء المعاصرين(١) إلى جواز إجراء عقد النكاح مشافهة من طريق وسائل الاتصال الحديثة، وقد عبر عن هذا الدكتور وهبة الزحيلي في بحث له(٢).

لكن أكثر الفقهاء المعاصرين منعوا من عقد النكاح بطريق الوسائل الحديثة الناقلة للكلام نطقاً، ومن هؤلاء اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء في المملكة العربية السعودية، وعمدة المنع عند اللجنة أن هذا الطريق قد يدخله خداع أحد العاقدين للطرف الآخر، وأن عقد النكاح يجب أن يحتاط فيه ما لا يحتاط في غيره لحفظ الفروج والأعراض(٣).

وقد ذهب أكثر أعضاء مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي إلى جواز التعاقد بين غائبين مكاتبة أو مشافهة من طريق وسائل الاتصال الحديثة إلا في عقد النكاح فقد منعوه، وقد عللوا ذلك باشتراط الإشهاد فيه، وقد صدر قرار المجمع رقم (٥٤/ ٣/ ٦) بشأن حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة(٤).



---

(١) الدكتور/ وهبة مصطفى الزحيلي: (مجلة مجمع الفقع الإسلامي، العدد السادس، الجزء الثاني، ١٤١٠هـ) ص٨٨٨، وكذلك الدكتور/ إبراهيم فاضل الدبو (مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس، الجزء الثاني، ١٤١٠هـ): ص٨٦٧.

(٢) الدكتور وهبة مصطفى الزحيلي: (حكم إجراء العقود عبر وسائل الاتصال الحديثة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس، الجزء الثاني، ١٤١٠هـ): ص٨٨٧.

(٣) فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء- جمع وترتيب/ أحمد الدرويش ٢/ ١٢١.

(٤) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس، الجزء الثاني، ١٤١٠هـ: ص١٢٦٧ – ١٢٦٧.

المبحث الثاني
أثر المصلحة المرسلة في بيع السلم

وفيه مطلبان:

المطلب الأول
تعريف السلم ومشروعيّته وأحكامه

أولاً: تعريف السلم لغةً واصطلاحاً:

السلم في اللغة: السلف وزناً ومعنى، وهو بيع الآجل بالعاجل، فهما مترادفان، يقول الماوردي: «أما السلف والسلم فهما عبارتان عن معنى واحد، فالسلف: لغة عراقية، والسلم: لغة حجازية»[(١)].

وقال ابن منظور: «السلم - بالتحريك - السلف، وأسلم في الشيء، وسلم وأسلف بمعنى واحد، والاسم السلم..»[(٢)]، و«يقال: أسلم وسلّم إذا سلف، وهو أن تعطي ذهباً وفضة في سلعة معلومة إلى أمد معلوم، فكأنك قد أسلمت الثمن إلى صاحب السلعة وسلمته إليه»[(٣)].

وفي الاصطلاح: ذكر الفقهاء للسلم تعريفات متعددة، تختلف تبعاً لاختلافهم في الشروط المعتبرة فيه:

* فالحنفية الذين شرطوا في صحته قبض رأس المال في مجلس العقد، وتأجيل المسلم فيه - احترازاً من السلم الحال - عرفوه بما يتضمن ذلك، قال ابن الهمام: «بيع آجل بعاجل»[(٤)]، وقال ابن عابدين: «هو شراء آجل بعاجل»[(٥)]، وقال السرخسي: «اعلم بأن السلم أخذ

---

(١) الحاوي الكبير للماوردي ٥/ ٣٨٨.

(٢) لسان العرب ١٢/ ٢٩٥، "فصل السين، باب الميم".

(٣) المصدر السابق، الموضع نفسه.

(٤) فتح القدير لابن الهمام ٥/ ٧٣.

(٥) رد المحتار لابن عابدين ٤/ ٢٠٣.

آجل بعاجل، وهو نوع بيع لمبادلة المال بالمال، اختص باسم السلم لاختصاصه بحكم يدل عليه وهو: تعجيل أحد البدلين وتأخير الآخر»[١]، ونصَّت المادة (١٢٣) من المجلة العدلية على أنه: «بيع مؤجل بمعجل».

* **والمالكية** الذين منعوا السلم الحال، لكنهم لم يشترطوا تسليم رأس المال في مجلس العقد، وأجازوا تأجيله اليومين والثلاثة لخفة الأمر، فقد عرفوه بأنه: «بيع معلوم في الذمة محصور بالصفة بعين حاضرة أو ما هو في حكمها إلى أجل معلوم»[٢]، وجاء في شرح مختصر خليل: «السلم: هو بيع يتقدم فيه رأس المال ويتأخر المثمن لأجل»[٣].

* **والشافعية** الذين شرطوا لصحة السلم قبض رأس المال في المجلس، وأجازوا كون السلم حالاً ومؤجلاً، عرفوه بأنه: «عقد على موصوف في الذمة ببدل يعطى عاجلاً»[٤].

* **وأما الحنابلة** فقد عرفوه بأنه: «عقد على موصوف في الذمة مؤجل بثمن مقبوض في المجلس»[٥].

حقيقة السلم:

السلم نوع من الديون، لأن المسلم فيه ثابت في الذمة إلى أجل معين، فكانت إباحته داخلة تحت عموم وقوله ﷻ: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ﴾[٦]، فهو يرتب ديناً في ذمة المسلم إليه وبالتالي فإن فيه معنى البيع والمداينة. وقد

---

(١) المبسوط للسرخسي ١٢/ ١٢٤.

(٢) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٦/ ١١٨.

(٣) الشرح الكبير للدردير ٣/ ١٩٦.

(٤) فتح العزيز للرافعي ٩/ ٢٠٧، والروضة للنووي ٤/ ٣.

(٥) المغني لابن قدامة ٤/ ٣١٢، وكشاف القناع للبهوتي ٢/ ١١٧.

(٦) سورة البقرة، من الآية [٢٨٢].

أورد القرطبي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: (هذه الآية نزلت في السلم خاصة. ومعناه أن سلم أهل المدينة كان سبب نزول الآية. وهي تتناول بعمومها جميع المداينات إجماعاً)[1].

ثانياً: حكم السلم ومشروعيته:

السلم عقد جائز من عقود المعاوضات المالية دل على جوازه الكتاب والسنة والإجماع[2].

أولاً: الكتاب:

قوله ﷻ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ﴾[3].

ووجه الدلالة في الآية: أنها أباحت الدين، والسلم نوع من الدين؛ لأن المسلم فيه ثابت في الذمة إلى أجل معين، قال ابن عباس رضي الله عنهما: (أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى قد أحلّه الله في كتابه وأذن فيه، ثم قرأ هذه الآية)[4].

فشهادته رضي الله عنه بأن الآية نزلت في السلف المضمون إلى أجل وليس للسلم فقط، تدل على حل المداينات بعمومها، وشملت السلم باعتباره من أفرادها.

ثانياً: السُنة النبوية:

* ما أخرجه البخاري عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قدم النبي ﷺ المدينة وهم يسلفون بالتمر السنتين والثلاث فقال: (**من أسلف في شيء ففي كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم**)[5]، فدل الحديث الشريف على إباحة السلم وعلى الشروط المعتبرة فيه.

---

(١) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٣/ ٣٧٧.

(٢) المغني لابن قدامة ٤/ ٣٠٤.

(٣) سورة البقرة، من الآية [٢٨٢].

(٤) أخرجه الحاكم والشافعي والبيهقي وهو عند عبدالرزاق وابن شيبة والطبراني.(الدراية في تخريج أحاديث الهداية لابن حجر ٢/ ١٥٩.

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه ٢/ ٧٨٤، كتاب السلم، باب: السلم إلى أجل معلوم، رقم٢١٣٥.

* ما رواه البخاري عن محمد بن أبي المجالد قال: أرسلني أبو بردة وعبد الله بن شداد إلى عبد الرحمن بن أبزي وعبد الله بن أبي أوفى، فسألتهما عن السلف؟ فقالا: (كنا نصيب المغانم مع رسول الله ﷺ، فكان يأتينا من أنباط الشام فنسلفهم في الحنطة والشعير والزيت إلى أجل مسمى، قيل: أكان لهم زرع أو لم يكن؟ قالا: ما كنا نسألهم عن ذلك)(١).

ووجه الدلالة من الحديث هو: أن بعض الصحابة كانوا يتعاملون بالسلم في عهد رسول الله ﷺ ولم ينكر عليهم ذلك.

ثالثاً: الإجماع:

أجمع الصحابة وعلماء المسلمين على جواز السلم ومشروعيته، ويستدل على هذا الإجماع بتعاملهم به من عهد النبي ﷺ من غير نكير. قال ابن المنذر: «أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم جائز»(٢)، وقال البهوتي - في معرض كلامه عن السلم وأدلته - ما نصه: «وهو جائز بالإجماع لقوله عليه الصلاة والسلام: (**من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم**)»(٣)، وقال الزيلعي في ثنايا كلامه عن مشروعية السلم: «وهو مشروع بالكتاب والسنة وإجماع الأمة»(٤).

حكمة مشروعية السلم:

السلم كان معروفاً قبل الإسلام، وكان أهل الجاهلية يتعاملون به في تجاراتهم، وقد دلَّ على ذلك حديث ابن عباس رضي الله عنهما السابق، ومما لا شك فيه أن الشريعة الإسلامية مبنية على تحقيق المصالح للعباد ورفع الحرج عنهم، فما من تشريع إلا وله حكمة،

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ٢/ ٧٨٤، كتاب السلم، باب: السلم إلى أجل معلوم، رقم٢١٣٦.

(٢) المغني ٤/ ٣٠٤.

(٣) الروض المربع شرح زاد المستقنع لمنصور البهوتي ٢ / ١٣٧.

(٤) تبيين الحقائق للزيلعي ٤/ ١١٠.

ولمشروعية السلم حكمة ظاهرة، فعقد السلم مما تدعو إليه الحاجة، فالمزارع مثلاً قد لا يكون عنده المال الذي ينفقه في إصلاح أرضه وتعهد زرعه إلى أن يدرك، ولا يجد من يقرضه ما يحتاج إليه من المال، ولذلك فهو في حاجة إلى نوع من المعاملة يتمكن بها من الحصول على ما يحتاج إليه من المال، وإلا فاتت مصلحة استثمار أرضه، فمن أجل ذلك أبيح السلم.

وقد أشار إلى هذه الحكمة ابن قدامة في المغني حيث قال: «ولأن المثمن في البيع أحد عوضي العقد، فجاز أن يثبت في الذمة كالثمن، ولأن بالناس حاجة إليه؛ لأن أرباب الزروع والثمار والتجارات يحتاجون إلى النفقة على أنفسهم وعليها لتكمل، وقد تعوزهم النفقة، فجوز لهم السلم ليرتفقوا ويرتفق المُسْلِمُ(١) بالاسترخاص»(٢). فالسلم يحصل به الارتفاق من الجانبين - البائع والمشتري - فهو في مصلحة الطرفين.

ولا شك أن تشريع السلم يشتمل على أسرار وحكم بالغة مبنية على أساس من التشريع الحكيم، إذ فيه رفع الحرج عن الناس، كما تتجلى في مشروعيته روح التعاون والتكافل بين المتعاملين به، والاشتراك في المسؤولية، إذ يحرص كل من المتعاقدين على الوفاء بحق صاحبه، ويعمل على تحقيق مصلحته، وبهذا يعم المجتمع التآخي الصادق والمحبة والوئام حتى يصبح أفراده كالبنيان يشد بعضه بعضاً.

ثالثاً: تكييف عقد السلم:

ثار خلاف بين الفقهاء حول تكييف عقد السلم من عدة نواح أهمها:

١ - هل السلم بيع أم نوع منه، أم أن السلم عقد خاص له طبيعة خاصة؟

---

(١) أي رب السلم.

(٢) المغني ٤/ ٣٠٥.

٢- هل السلم شرع رخصة على خلاف القياس، أم جاءت مشروعيته عزيمة على وفق القياس؟

أولاً: هل السلم بيع أو نوع منه أو عقد خاص له طبيعة خاصة؟

البيع له أنواع أربعة: فهو إما أن يكون مبادلة عين بعين، وهو ما يسمى **بالمقايضة**، أو نقد بنقد وهو ما يسمى **بالصرف**[1]، أو عين بدين وهو ما يسمى **بالبيع المطلق**، أو دين بعين وهو ما يسمى **بالسلم**.

فالسلم إذاً نوع خاص من أنواع البيع لابد فيه من بائع ومشترٍ، وسلعة تباع، وثمن لهذه السلعة، وبهذا قال جمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الأربعة[2]، واتفاق رأيهم مع القواعد العامة في الفقه الإسلامي والتي تقضي بأن العقود إذا اشتركت في موضوع واحد كانت متحدة الجنس، ولو كان بعضها يختص ببعض الخصائص كالأسماء والشروط، ومن ذلك عقد السلم، حيث يشترك مع البيع في أخص خصوصياته المميزة له وهي: مبادلة المال بالمال على وجه مخصوص، فقد اتحد موضوع العقد فيهما، غير أنه لما امتاز بشروط خاصة أصبح مختصاً باسم خاص[3].

ثانياً: هل السلم رخصة على خلاف القياس أم عزيمة على وفق القياس؟

اختلفت أنظار الفقهاء على رأيين:

---

(١) لعدم تعيين النقود.

(٢) الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير لحسين بن أحمد السياغي ٣/ ٣٢٥. وانظر: رأي الأئمة الأربعة في كتبهم.

(٣) عقد السلم وأثره في التنمية الاقتصادية: د. محمد الصالح: ص٥١، نقلاً عن السلم : د. عبد العظيم فياض، ص٦٢، ٦٣.

الأول: يرى جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية أن مشروعية السلم جاءت رخصة وأنه عقد جائز على خلاف القياس[١]، وعلى هذا قال ابن نجيم[٢]: «وهو على خلاف القياس، إذ هو بيع المعدوم، ووَجَبَ المصير إليه بالنص والإجماع والحاجة»[٣]،وقال الشيخ زكريا الأنصاري: «السلم عقد غرر جُوِّزَ للحاجة»[٤].

وقال في منح الجليل: «صرّح في المدونة بأن السلم رخصة مستثناة من بيع ما ليس عند بائعه»[٥]، وقد بين العلامة ابن خطيب الدهشة أن عقد السلم، وإن كانت مشروعيته في الأصل على خلاف الدليل للحاجة إلى بيع المعدوم، فقد صار أصلاً مستقلاً، فجوِّزَ مطلقاً عند الحاجة وعدمها، وفي المعدوم والموجود والحالّ[٦].

الثاني: أن السلم عزيمة وأنه عقد على وفق القياس، وليس فيه مخالفة للقواعد الشرعية: قال ابن تيمية: «وأما قولهم (السلم على خلاف القياس) فقولهم هذا من جنس ما رووا عن

---

(١) انظر: الإشراف على مسائل الخلاف: القاضي عبد الوهاب ١/ ٢٨٠، وبداية المجتهد ٢/ ٢٢٨، وبدائع الصنائع الكاساني٥ / ٢٠١، والمغني ٤/ ٣٢١، وشرح منتهى الإرادات ٢/ ٢١٨، والخرشي ٥/ ٢١٤، والمبسوط للسرخسي ١٢/ ١٢٤، ومواهب الجليل شرح مختصر خليل ٥/ ٥١٤، ونهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي٤/ ١٨٢.

(٢) هو: زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم، فقيه حنفي، من العلماء، مصري، له مصنفات كثيرة؛ منها: "الأشباه والنظائر" في أصول الفقه، و"البحر الرائق في شرح كنز الدقائق"، توفي سنة ٩٧٠هـ. الأعلام ٣/ ٦٤.

(٣) البحر الرائق لابن نجيم ٦/ ١٦٩.

(٤) أسنى المطالب شرح روضة الطالب ٢/ ١٢٢.

(٥) منح الجليل ٣/ ٢.

(٦) مختصر من قواعد العلائي وكلام الإسنوي لابن خطيب الدهشة ١/ ٢٩٣.

النبي ﷺ أنه قال: (لا تبع ما ليس عندك)[١] وأرخص في السلم، وهذا لم يُروَ في الحديث، وإنما هو من كلام بعض الفقهاء، وذلك أنهم قالوا: «السلم بيع الإنسان ما ليس عنده، فيكون مخالفاً للقياس، ونهى النبي ﷺ حكيم بن حزام[٢] عن بيع ما ليس عنده: إما أن يراد به بيع عين معينة، فيكون قد باع مال الغير قبل أن يشتريه. وفيه نظر. وإما أن يراد به بيع ما لا يقدر على تسليمه، وإن كان في الذمة. وهذا أشبه. فيكون قد ضمن له شيئاً لا يدري هل يحصل أو لا يحصل، وهذا في السلم الحال إذا لم يكن عنده ما يوفيه. والمناسبة فيه ظاهرة.

فأما السلم المؤجل، فإنه دين من الديون، وهو كالابتياع بثمن مؤجل. فأي فرق بين كون أحد العوضين مؤجلا في الذمة، وكون العوض الآخر مؤجلا في الذمة، وقد قال تعالى: ﴿إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ﴾[٣]، قال ابن عباس: (أشهد أن السلف المضمون في الذمة حلال في كتاب الله، وقرأ هذه الآية. فإباحة هذا على وفق القياس لا على خلافه)»[٤].

---

(١) رواه الترمذي في سننه ٣/ ٥٣٤، كتاب البيوع، باب: ما جاء في كراهة بيع ما ليس عندك، رقم ١٢٣٢، وقال: حسن صحيح، ورواه أبو داود في سننه ٣/ ٢٣٨، كتاب البيوع، باب: في الرجل يبيع ما ليس عنده وابن ماجه في سننه ٢/ ٧٣٧ وغيرهم. قال ابن دقيق العيد: وهو على شرط الشيخين. تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج لعمر بن علي الوادياشي ٢/ ٢٠٦.

(٢) هو: حكيم بن حزام بن خويلد ابن أخي خديجة زوج النبي ﷺ يكنى أبا خالد وله حديث في الكتب الستة، روى عنه ابنه حزام وسعيد بن المسيب وغيرهم، كان من سادات قريش، وتأخر إسلامه إلى عام الفتح شهد حنينا ونال من غنائمها ثم حسن إسلامه رضي الله عنه، مات سنة ٦٠ هـ وقيل: غير ذلك، وله نحو مائة وعشرون سنة. انظر: الإصابة ٢/ ١١٢، وشذرات الذهب ١/ ٦٠.

(٣) سورة البقرة، من الآية [٢٨٢].

(٤) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢/ ٥٢٩.

بالنظر في كل من الرأيين يتضح أن ما قاله الجمهور هو الأحرى بالقبول، فالسلم شرع رخصة على خلاف القياس وليس عزيمة على وفق القياس، وهو مستثنى من قاعدة عدم جواز بيع المعدوم وما لا يملكه الإنسان ولا يقدر على تسليمه وقت العقد، وقد شرع على خلاف القياس لما فيه من تحقيق المصلحة لكل من المتبايعين، وتيسيراً عليهما، فهو من محاسن هذا الدين الحنيف.

المطلب الثاني
مسائل في بيع السلم وبيان أثر المصلحة المرسلة في تشريعه

وفيه خمس مسائل:

المسألة الأولى: بيع المسلم فيه قبل قبضه:

اختلف الفقهاء في بيع المسلم فيه قبل قبضه على رأيين:

الرأي الأول: يرى جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة والزيدية: أنه لا يجوز بيع المسلم فيه قبل قبضه من المسلم إليه ولو ممن عليه.

واستدلوا بالآتي:

* حديث حكيم بن حزام: قلت: يا رسول الله إني رجل أبتاع هذه البيوع وأبيعها، فما يحل لي منها وما يحرم؟ قال: (**لا تبيعن شيئاً حتى تقبضه**)(١). ورواه الإمام أحمد في مسنده، وابن حبان في صحيحه بلفظ: (**إذا ابتعت بيعاً فلا تبعه حتى تقبضه**)(٢).

* ما رواه عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال: (ابتعت زيتاً في السوق فلما استوجبته لقيني رجل فأعطاني فيه ربحاً حسناً، فأردت أن أضرب على يده، فأخذ رجل من خلفي

---

(١) رواه النسائي في سننه ٧/ ٢٨٦، كتاب: الصيد والذبائح، باب: بيع الطعام قبل أن يستوفي، رقم ٤٦٠٣. ورواه الإمام أحمد في مسنده ٣/ ٤٠٢، رقم ١٥٣٥١. وانظر: صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان ١١/ ٣٦١.

(٢) مسند الإمام أحمد ٣/ ٤٠٢.

بذراعي، فالتفت فإذا زيد بن ثابت، قال: لا تبعه حتى تحوزه إلى رحلك، فإن رسول الله ﷺ نهى أن تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم)[١].

ووجه الدلالة: أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع ما لم يقبض سواء أكان طعاماً أم غير طعام، وبذلك يدخل في النهي بيعُ المسلم فيه قبل قبضه.

والحكمة في ذلك: حتى لا يحصل الضرر أو الغش في البيع، وحتى يتم البيع بصورة حسنة للطرفين.

* أن المبيع - المسلم فيه - مضمون له على المسلم إليه، فلو جاز بيعه صار مضموناً عليه للمشتري فيتوالى في المبيع ضمانان[٢].

الرأي الثاني: يرى المالكية: أنه لا يجوز بيع المسلم فيه قبل قبضه إن كان طعاماً، أما إن كان غير طعام، فلا خلاف في مذهب مالك في إجازته[٣].

واستدلوا على منع بيع الطعام قبل قبضه بالآتي:

* ما أخرجه مسلم عن جابر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: (**إذا ابتعت طعاماً فلا تبعه حتى تستوفيه**)[٤].

* عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: (**مِنْ ابْتَاعَ طَعَامًا فَلا يَبِعْهُ حَتَّى يَقْبِضَهُ**)[٥].

---

(١) رواه أبو داود في سننه ٣/ ٢٨٢،كتاب البيوع، باب: في بيع الطعام قبل أن يستوفي، رقم ٣٠٣٦، والدارقطني في سننه ٣/ ١٣، رقم ٣٦، وانظر: سنن البيهقي الكبرى ٥/ ٣١٤، رقم ١٠٤٧٣.

(٢) التهذيب مع عون المعبود ٩/ ٣٥٥.

(٣) بداية المجتهد ٢/ ١٢٥.

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه ٣/ ١١٦٢، كتاب البيوع، باب: بطلان بيع المبيع قبل القبض، رقم ١٥٢٩.

(٥) رواه الإمام أحمد في مسنده، ومن مسند بني هاشم، رقم ٣١٧٥.

ووجه الدلالة: أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الطعام قبل استيفائه وقبضه، فيدخل فيه المسلم فيه إن كان طعاماً.

وقد استدل المالكية على جواز بيع المسلم فيه قبل قبضه إذا كان غير طعام بالآتي:

* ما أخرجه الخمسة عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: أتيت النبي ﷺ فقلت: **إني أبيع الإبل** بالبقيع، فأبيع بالدنانير وآخذ بالدراهم، وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير، فقال: (**لا بأس أن تأخذ بسعر يومها..**)[1].

ووجه الدلالة من الحديث: أنه نص على جواز بيع الثمن لمن هو في ذمته قبل قبضه، فيقاس عليه بيع المسلم فيه قبل قبضه في الجواز.

الترجيح:

مما سبق يتضح أن رأي جمهور الفقهاء هو الراجح لقوة أدلتهم، ذلك أن النهي عن بيع ما لم يقبض جاء عاماً في قوله: (**لاتبيعن شيئاً حتى تقبضه**)، فيدخل فيه الطعام وغيره. كما أن حديث ابن عمر مع زيد بن ثابت، النهي فيه يعم جميع السلع ما كان منها طعاماً وما كان غير طعام.

ومن طريق المعنى أن المسلم فيه لا يدخل في ضمان المسلم قبل قبضه، سواء أكان طعاماً أم غيره، فلا يجوز بيعه قبل القبض كالطعام[2].

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب: في اقتضاء الذهب من الورق، رقم٢٩١١ واللفظ له، ورواه الترمذي في سننه ٣/ ٥٤٤، كتاب البيوع، باب: ما جاء في الصرف، رقم ١١٦٣، وقال عقبه: هذا حديث لا نعرفه مرفوعا إلا من حديث سماك بن حرب عن سعيد بن جبير عن ابن عمر. وروى داود بن أبي هند هذا الحديث عن سعيد بن جبير عن ابن عمر موقوفا، والعمل على هذا عند بعض أهل العلم أن لا بأس أن يقتضي الذهب من الورق؛ والورق من الذهب، وهو قول أحمد وإسحق، وقد كره بعض أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم ذلك.

(٢) انظر: السلم والمضاربة: د. القضاة: ص١٣٤.

المسألة الثانية: الإقالة في السلم:

الإقالة لغة: بمعنى الرفع والإزالة. يقال: أقال الله عثرتك، أي: رفعها وأزالها.

الإقالة في الاصطلاح: هي تنازل أحد المتعاقدين للآخر عن نفاذ العقد في كل من البيع والسلم، سواء أكان عن طريق الفسخ أم البيع استئنافاً، وذلك باسترداد ما أعطاه وإعادة ما أخذه منه[(١)].

أدلة مشروعية الإقالة:

١- عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: (**من أقال مسلماً بيعته أقال الله عثرته**)[(٢)]، وزاد ابن ماجه: (**يوم القيامة**)[(٣)]، حيث ندب النبي ﷺ إلى الإقالة مطلقاً، فيدخل فيه السلم، كما يدخل فيه البيع المطلق، لأن السلم نوع من البيع[(٤)].

٣- وبأن الحق لهما، فجاز لهما الرضا بإسقاطه[(٥)]، إذ الإقالة فسخ للعقد ورفعٌ له من أصله[(٦)].

حكمة مشروعية الإقالة:

الرفق بالناس في معاملاتهم وبث روح التكافل بينهم، والتيسير عليهم ورفع الحرج والمشقة عنهم، وتطهير النفوس من الأثرة، وتربيتها على الإيثار ومراعاة مصلحة الآخرين.

---

(١) المطلع على أبواب المقنع: محمد بن أبي الفتح البعلي: ص٢٣٨.

(٢) رواه أبو داود في سننه ٣/ ٢٧٤، كتاب: الإيمان والنذور، باب: في فضل الإقالة، رقم ٣٤٦٠.
قال الألباني في إرواء الغليل ٥/ ١٨٢ رقم ١٣٣٤: «حديث صحيح، ورجاله ثقات رجال البخاري غير أن الفروي هذا كان قد كف فساء حفظه، فهو على شرط البخاري».

(٣) ابن ماجه في سننه ٢/ ٧١٤، كتاب: التجارات، باب: الإقالة، رقم ٢١٩٩.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٥/ ٢١٤.

(٥) انظر: المهذب ١/ ٣٠٩.

(٦) انظر: المغني ٤/ ٣٣٦.

حكم الإقالة:

اتفق الفقهاء[١] على جواز الإقالة في السلم استناداً إلى النصوص الدالة على مشروعية الإقالة المتقدم ذكرها، ولأن الإقالة شرعت لمصلحة المتعاقدين دفعاً للندم، وخاصة عقد السلم، فإن حدوث الندم فيه أكثر؛ لأنه بيع بأقل الأثمان غالباً، فكان أدعى إلى مشروعيتها فيه.

قال ابن المنذر: «أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الإقالة في جميع ما أسلم فيه جائزة»[٢].

وقال الكاساني: «الإقالة في بيع العين إنما شرعت نظراً للعاقدين دفعاً لحاجة الندم، واعتراض الندم في السلم ههنا أكثر، لأنه بيع بأوكس الأثمان، فكان أدعى إلى مشروعية الإقالة فيه»[٣].

وخالفهم في ذلك ابن حزم[٤] فقال: «ولا تجوز الإقالة في السلم؛ لأن الإقالة بيعٌ صحيحٌ على ما بيَّنا قبل، وقد صحَّ نهي النبي عن بيع ما لم يقبض، وعن بيع المجهول؛ لأنه غررٌ، لكن يبرئه مما شاء منه، فهو فِعْلُ خير»[٥].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٥/ ٢١٤، والمدونة الكبرى ٩/ ٦٩، وبداية المجتهد ٢/ ٢٦٤، والمهذب ١/ ٣٠٩، والمغني ٤/ ٣٣٦، وشرح منتهى الإرادات ٢/ ٢٢٣.

(٢) ذكر ذلك في المغني ٤/ ٣٣٦.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٥/ ٢١٤، وقال الشيرازي: «يجوز فسخ عقد السلم بالإقالة؛ لأن الحق لهما فجاز لهما الرضا بإسقاطه». المهذب ١/ ٣٠٩.

(٤) هو: علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي أبو محمد، أصولي، فقيه، أديب، من أكابر المذهب الظاهري ولد سنة ٣٨٤هـ، كان يستنبط الأحكام من الكتاب والسنة، وانتقد كثيراً من العلماء والفقهاء، فناله بسبب ذاك أذى. له: "المحلى بالآثار" و"الإحكام في الأصول"، و"شرائع الإسلام"، توفي ٤٥٦ هـ في الأندلس. انظر: سير أعلام النبلاء ١٨/ ١٨٤، وشذرات الذهب ٣/ ٢٩٩.

(٥) المحلى ١٠/ ١١٥.

الراجح: هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من جواز الإقالة؛ ولأن الإقالة شرعت لمصلحة المتعاقدين دفعاً للندم.

هل تجوز الإقالة في بعض المسلم فيه؟:

اختلف الفقهاء في ذلك على رأيين:

الرأي الأول: يرى الحنفية والشافعية ورواية عن أحمد[١] جواز الإقالة في بعض المسلم فيه استناداً إلى النصوص الدالة على مشروعية الإقالة عامة، ومن ثم فهي تشمل الإقالة في كل المسلم فيه، والإقالة في بعضه. كما أن الإقالة معروف مندوب إليه، والمعروف الذي يجوز في الجميع يجوز في بعضه.

الرأي الثاني: خالف في جواز الإقالة في بعض المسلم فيه ابن عمرو، وابن المسيب، وابن سيرين، وسعيد بن جبير، وربيعة، والنخعي، وغيرهم، فقالوا بعدم جوازها في بعضه، وهو قول الإمام مالك[٢]، ورواية عن أحمد[٣].

واستند أصحاب هذا الرأي إلى أن الإقالة إذا حصلت في بعض المسلم فيه بقي بعضه الآخر بما يقابله من الثمن، وبمنفعة الجزء الذي حصلت الإقالة فيه، فلم يجزء، كما لو اشترط ذلك في ابتداء العقد[٤].

أمكن رد جمهور الفقهاء على أصحاب الرأي الثاني بأن المنافع غير مقصورة في العقد أصلاً، بدليل أنهما لو تقايلا في الكل لم يكن لرب السلم أن يطالب المسلم إليه بما اقتضى من منافع، فكان ذلك برهاناً على أنها ملغاة غير منظور إليها.

---

(١) انظر: تكملة المجموع ١٣/ ١٦٠، والمغني ٤/ ٣٣٦- ٣٣٧، والعناية وفتح القدير ٥/ ٣٤٣.

(٢) انظر: المدونة الكبرى ٩/ ٧٨.

(٣) انظر: المغني ٤/ ٣٣٦- ٣٣٧.

(٤) المصدر السابق، الموضع نفسه.

الترجيح:

مما تقدم يظهر رجحان قول الجمهور لتمشيه مع مقتضى الأدلة الشرعية.

المسألة الثالثة: السلم المتوازي:

صورته:

أن يبيع رب السلم الأول السلعة التي اشتراها، لرب السلم الثاني بنفس المواصفات والقدر، وإلى نفس الأجل الذي سيسلم فيه السلعة التي أسلم فيها، وفي نيته أنه سيتسلمها من المسلم إليه، ويسلمها إلى من تعاقد معه، ولكنه لا يصرح بهذه النية.

وهو **اصطلاح حادث**، المراد به استخدام صفقتي سلم متوافقتين دون ربط بينهما، فرب السلم الأول يريد أن يبرم عقد سلم ثانٍ مع شخص آخر، ظاهره الاستقلال عن العقد الأول، وهو في الواقع مرتبط معه، وإن لم يوجد الربط اللفظي في العقد بين السلمين[1].

حكمه:

اختلف الفقهاء المعاصرون في حكم السلم المتوازي على قولين؛ هما:

القول الأول: الجواز، وذهب إليه الجواهري، حيث يقول: «العلة في منع المكيل والموزون قبل قبضه لم تعرف لدينا، ولهذا يكون النهي تعبدياً، فلا نتعدى على غير ما دلَّ الدليل اللفظي عليه، وعلى هذا فإذا وُجِد طريقٌ لا يشمله النهي، وأدى إلى نفس نتيجة بيع المكيل والموزون قبل قبضه بدون البيع، فلا بأس به، ويكون جائزاً.

(١) ويسمى السلم الموازي، وهو صورة تطبيقية لبيع الدين لغير المدين بثمن حال. انظر: مواهب الجليل للحطاب ٦/ ١٣، وانظر كذلك: السلم وتطبيقاته المعاصرة: حماد: ص٦٠٧، وكذلك: السلم وتطبيقاته المعاصرة: الضرير: ص٤٠٧، وهو بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة التاسعة، العدد التاسع، الجزء الأول، والقحف: ص٦٥٩ في مناقشة الأبحاث المقدمة لمجلة المجمع المذكورة.

ويقول: هنا وسيلتان: إحداهما: الوكالة في القبض (أو فكرة السلم الموازي)، والثانية: الحوالة»[١].

ويقول أبو غدة[٢]: «هذا السلم ليس جديداً، وقد أشار إليه ابن قدامة في المغني حينما منع أن يبيع الإنسان السلعة التي اشتراها بالسلم، فأشار بأنه لو باع سلعة أخرى غيرها وأخذ ما اشتراه وسدد به التزامه فهذا جائز»[٣]، ويقول الزحيلي: «أنه يحقق فتحاً جديداً للشركات الإسلامية في هذا الموضوع»[٤]، ويقول حماد: «فلست أرى أي مستند شرعي يُعوّل عليه في منع تحريم السلم الموازي»[٥].

أدلة المجيزين:

استدل المجيزون بما يلي:

١ - السلم لا ينصب على ذات المسلم فيه، وإنما على شيء موصوف في الذمة، وعليه، فالمسلم إليه في العقد الأول أن يسلم من إنتاجه إن وجد، وإلا فإنه يسلم مما هو موجود في السوق، وكذلك فإن رب السلم في السلم المتوازي له أن يسلم شيئاً موصوفاً في الذمة، وهو ما تم الاتفاق عليه في الصفقة.

---

(١) السلم وتطبيقاته المعاصرة: حسن الجواهري، وهو بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة التاسعة، العدد التاسع، الجزء الأول، ص٥١٣، ٥١٥، ٦٤٠، ١٤١٧هـ/ ١٩٩٦م.

(٢) هو: الدكتور عبد الستار أبو غدة، من علماء سوريا، عمل في دولة الكويت وشارك في الموسوعة الفقهية.

(٣) انظر: مناقشة أبحاث السلم المقدمة لمجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة التاسعة، العدد التاسع، الجزء الأول، ص٦٤٥، ١٤١٧هـ/ ١٩٩٦م.

(٤) انظر: مناقشة أبحاث السلم المقدمة لمجلة مجمع الفقه الإسلامي، الزحيلي: ص٦٥٢.

(٥) انظر: مناقشة أبحاث السلم المقدمة لمجلة مجمع الفقه الإسلامي، حماد: ص٦٠٧، ٦٢٨. وانظر: مناقشة أبحاث السلم المقدمة لمجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة ٩، العدد ٩، الجزء الأول، للدكتور علي القرة داغي: ص٦٤٩.

٢- وجود ضماناته الشرعية فيه وهي تعجيل رأس مال السلم.

٣- الظاهر من هذه الصفقة القدرة على التسليم عند حلول الأجل، وهو كاف في صحة المعاملة.

٤- وجود المخاطرة التي تبيح الربح، وعليه، فقد ربح فيما ضمن، فإن رب السلم في العقد الأول - وهو المشتري الأول - قد تحمل مخاطرة لم يشأ رب السلم الثاني المشتري الثاني - أن يتحملها لسبب من الأسباب، كعدم الثقة بالمنتج الأول، أو لكبر الصفقة[1].

القول الثاني: المنع، وذهب إليه سعود الثبيتي، والصديق الضرير الذي أجازه في حالة الضرورة[2].

أدلة المانعين:

استدل المانعون بما يلي:

يقول الدكتور الضرير: «هذا اصطلاح حادث، المراد به - كما جاء في مخطط المجمع - استخدام صفقتي سلم متوافقتين، دون ربط بينهما. وواضح من المصطلح وشرحه أنه لا يوجد ربط لفظي في العقد بين السلمين، ولكن الربط حاصل في الواقع؛ لأن رب السلم الأول يبيع سلعة لرب السلم الثاني بنفس المواصفات والمقدار، وإلى نفس الأجل الذي

---

(١) الربح في الفقه الإسلامي: شمسية محمد إسماعيل: ص٨٧، والسلم وتطبيقاته المعاصرة: التسخيري ومنفرد، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة التاسعة، العدد التاسع، الجزء الأول: ص٤٧٣، لعام ١٤١٧ هـ/ ١٩٩٦م، مناقشة أبحاث السلم المقدمة لمجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة التاسعة، العدد التاسع: ص٦٥٢، الجزء الأول، أبو غدة: ص٦٤٦، والزحيلي: ص٦٥٢.

(٢) مناقشة أبحاث السلم المقدمة لمجلة مجمع الفقه الإسلامي، (المرجع السابق)، الضرير: ص٦٢٤، والثبيتي: ص٦٣٥.

سيستلم فيه السلعة التي أسلم فيها، وفي نيته أنه سيستلمها من المسلم إليه، ويسلمها إلى من تعاقد معه، ولكنه لا يصرح بهذه النية، ويبرم عقد سلم ظاهره الاستقلال عن العقد الأول، وباطنه الربط بينهما.

وفي رأيي أن هذا السلم المتوازي هو حيلة لبيع المسلم فيه قبل قبضه، فهل هذه الحيلة مقبولة شرعاً؟

هذه الحيلة لا تتحقق فيها علتان من ثلاثة العلل التي ذكرها الفقهاء لمنع بيع المسلم فيه قبل قبضه:

لا تتحقق فيه علة دخول بيع السلم المسلم فيه قبل قبضه في ربح ما لم يضمن المنهي عنه؛ لأن المسلم فيه دين في ذمة المسلم إليه فهو في ضمانه، ولا يؤثر في هذا نية المسلم إليه في أن يؤدي هذا الدين من السلم الأول، وهذا شبيه بالمزارع الذي يبيع سلما في ذمته من غير أن يربطه بمحصول أرضه، وفي نيته أن يوفي من محصوله.

ولا تتحقق في السلم المتوازي علة الغرر؛ لأن المسلم إليه لا يبيع عين السلعة التي اشتراها من المسلم إليه الأول، وإنما يبيع سلعة موصوفة في الذمة تتوافر فيها شروط المسلم فيه.

ولكنها لا تخلو من علة الربا التي أشار إليها ابن عباس بقوله ذاك دراهم بدراهم والطعام مرجأ، وبخاصة إذا اتخذ هذا الأسلوب من السلم المتوازي بقصد التجارة والربح، وتكرر السلم المتوازي للمعاملة الأولى، ويدخله مانع آخر هو الضرر الذي يصيب المستهلك من ارتفاع سعر السلعة قبل أن تصل إليه بسبب انتقالها لأكثر من تاجر.

ولهذا فإني أرجح منع هذه المعاملة، إلا إذا احتاج رب السلم الأول إلى نقود قبل أن يحل أجل السلم، ولم يجد من يقرضه، فيجوز له في هذه الحالة أن يلجأ إلى السلم المتوازي،

بل يجوز له إذا كان المسلم فيه غير الطعام أن يبيعه قبل قبضه ليقضي حاجته عملاً بمذهب المالكية»[١].

المناقشة:

نوقشت أدلة قول المانعين بما يلي:

١ - القول بأنها حيلة لبيع المسلم فيه قبل قبضه، وهي لا تخلو من شبهة الربا، غير مسلم، وذلك لأن السلم المتوازي لا ينصب على ذات المسلم فيه، وإنما على موصوف في الذمة، وكذلك فهو مقيد بضمانات شرعية تبعده عن شبهة الربا.

٢ - أما القول بأن رب السلم الأول ربح فيما لم يضمن، فغير مسلم، حيث إنه ضامن لرب السلم الثاني الذي يرجع إليه في حالة عدم المقدرة على تحصيل السلعة المتفق عليها بينهما.

٣ - وأما القول بالضرر الذي يصيب المستهلك، فغير مسلم فقد يحقق له نفعاً، وهذا ظاهر، وكذلك قد يُلْحَق به الضرر من خلال تكرار البيع للسلعة الواحدة، ولا يحكم ببطلان البيع - للسلعة التي تناقلها عدد من التجار - لمجرد ارتفاع سعرها نتيجة لذلك.

٤ - إذا قلنا بمنع السلم المتوازي، فيجب علينا منع السلم الأول، وذلك لأن المسلم إليه في السلم الأول قصده التجارة، والربح، كما أنه قد يعجز عن تسليم السلعة في وقتها لسبب ما، ومع ذلك، فقد أجمعت الأمة على مشروعيته -أي السلم الأول- مع وجود هذا الاحتمال[٢].

---

(١) السلم وتطبيقاته المعاصرة، الدكتور الصديق محمد الأمين الضرير (مناقشة أبحاث السلم المقدمة لمجلة مجمع الفقه الإسلامي، د٩، ع٩، ج١/ ص٦٢٣-٦٢٤، سنة ١٤١٧هـ/ ١٩٩٦م)،،، والثبيتي، ص٦٣٥.

(٢) مناقشة أبحاث السلم المقدمة لمجلة مجمع الفقه الإسلامي، أبو غدة، ص٦٤٥، وداغي: ص٦٤٩، والزحيلي: ص٦٥٢.

وأما إجازته في حالة الضرورة – كما قال الشيخ الضرير – فإن للضرورة أحكامها التي لا تقتصر على هذه المعاملة فحسب.

القول الراجح:

هو القول بالجواز، وهو ما ذهب إليه أصحاب القول الأول، للأسباب التالية:

* قوة أدلتهم، وردهم على مخالفيهم.

* موافقته للأصل في المعاملات، وهو الإباحة.

* موافقته لمقاصد الشريعة في الأموال، من حيث الرواج، والتداول بين الناس.

* ضبط صفقة السلم المتوازي بالعقود، تجعله منضبطاً.

* تحقيق مآرب كثيرة للمنتج، وللشركات الإسلامية، وللتاجر، وللمستهلك، ويظهر ذلك في الصفقات الكبيرة، والتي تكون بمبالغ طائلة، فالمنتج يشعر بالطمأنينة من خلال ثقته بتسويق سلعته، وتوفير المال اللازم لإنتاجها، وكذلك تحقق ربحاً اقتصادياً للشركات الإسلامية، كما يعود بالفائدة على التاجر الذي لا يقوى على الالتزام بهذه الصفقات الكبيرة، فيلجأ إلى هذا السلم، وكذلك يعود بالفائدة على المستهلك الذي تتوفر له السلعة في وقتها المناسب، وبذلك فهو يؤدي إلى نهضة اقتصادية شاملة[1].

المسألة الرابعة: إصدار سندات سلم قابلة للتداول:

اختلف الفقهاء المعاصرون في حكم إصدار سندات سلم قابلة للتداول على قولين: هما: المنع والجواز.

---

(١) الإحكام شرح أصول الأحكام: النجدي ٣/ ٩٠، ومقاصد الشريعة: ابن عاشور، ص٣٤٢، وأهداف التشريع: لأبي يحيى، ص٦٩٠، وانظر: مناقشة أبحاث السلم المقدمة لمجلة مجمع الفقه الإسلامي (مرجع سابق): أبو غدة، ص٦٤٥، والزحيلي، ص٦٥٢، وانظر كذلك: موسوعة القواعد والضوابط الفقهية: الندوي، ١/ ٢٢١.

القول الأول: المنع:

وذهب إليه الدكتور الضرير. «لا يجوز إصدار سندات سلم قابلة للتداول؛ لأن هذا سيؤدي إلى بيع المسلم فيه قبل قبضه، سواء أكان المسلم فيه طعاماً، أم غير طعام، غير أنه إذا كان المسلم فيه طعاماً، فالمنع يكون بإجماع الفقهاء، للأحاديث الصحيحة الواردة في منع بيع الطعام قبل قبضه.

١- عن ابن عباس رضي الله عنهما: (أن رسول الله ﷺ **نَهَى أَنْ يَبِيعَ الرَّجُلُ طَعَامًا حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ قُلْتُ لابْنِ عَبَّاسٍ: كَيْفَ ذَاكَ؟ قَالَ: ذَاكَ دَرَاهِمُ بِدَرَاهِمَ، وَالطَّعَامُ مُرْجَأٌ، قَالَ أَبُو عَبْدِ اللهِ مُرْجَئُونَ مُؤَخَّرُونَ**)[١].

٢- عن ابن عمر رضي الله عنهما (أن رسول الله ﷺ نهى أن يبيع أحد طعاماً اشتراه حتى يستوفيه)[٢].

٣- عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: (**من اشترى طعاماً فلا يبيعه حتى يكتاله**)[٣].

ولهذا الموضوع سابقة حدثت في عهد مروان بن الحكم، فقد روى مالك في الموطأ أنه بلغه أن صكوكاً[٤] خرجت للناس في زمان مروان بن الحكم من طعام

---

(١) رواه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب: ما يذكر في بيع الطعام والحكرة، رقم١٩٨٨. وفي رواية البخاري أيضاً أن سفيان قال: الذي حفظناه من عمرو بن دينار سمع طاوسا يقول: سمعت ابن عباس يقول: أما الذي نهى عنه النبي فهو الطعام أن يباع حتى يقبض. قال ابن عباس: ولا أحسب كل شيء إلا مثله. المصدر السابق؛ ورواه مسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب: بطلان بيع المبيع قبل القبض، رقم ٢٨٠٩.

(٢) رواه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب: ما ذكر في الأسواق، رقم١٩٨٠.

(٣) رواه مسلم في صحيحه، كتاب: البيوع، باب: بطلان بيع المبيع قبل القبض، رقم ٢٨١٧.

(٤) النووي على مسلم: ١٠/ ١٧١، والمنتقى على الموطأ ٤/ ٢٨٥.

الجـار[١] فتبايع الناس تلك الصكوك بينهم قبل أن يستوفوها، فدخل زيد بن ثابت ورجل من أصحاب رسول الله ﷺ على مروان بن الحكم، فقالا: أتحل بيع الربا يا مروان؟ فقال: أعوذ بالله، وما ذاك؟ فقالا: هذه الصكوك تبايعها الناس، ثم باعوها، قبل أن تستوفى، فبعث مروان بن الحكم الحرس يتتبعونها ينزعونها من أيدي الناس، ويردونها إلى أهلها[٢].

وأما إذا كان المسلم فيه غير طعام فقد رأينا أن الجمهور يمنعون بيعه قبل قبضه، ولو كان لمرة واحدة فكيف إذا تداولته الأيدي؟ أما المالكية فإنهم يجوزون للمسلم أن يبيع المسلم فيه قبل قبضه إذا لم يكن طعاماً، ولكنهم لا يجوزون لمن اشترى منه أن يبيع ما اشتراه قبل قبضه، فإصدار سندات سلم قابلة للتداول لا يجوز عند جميع الفقهاء»[٣].

القول الثاني: الجواز:

وذهب إليه داغي، وقال الزحيلي: «إن القضية محل نظر صحيح ومختلف فيها».

يقول الدكتور داغي: «أنا في الحقيقة لا أرى مانعاً في إيجاد سندات ولكن ليس على أساس السلم وإنما على أساس عقد الاستصناع في قضية البترول وما أشبه ذلك، لأن الاستصناع يجوز في كل شيء دخلته الصنعة عرفاً، فلذلك أنا لست مع سندات السلم وإنما مع السندات بنفس الترتيب في الاستصناع»[٤].

يقول الزحيلي: «أما قضية إصدار سندات سلم للتداول فهذه محل نظر صحيح كما ذكر الأخ الدكتور القرة داغي، ابن تيمية وابن القيم أجازا جعل الدين رأس مال السلم كما أنهما أجازا بيع الشيء قبل قبضه، فهذه رخصة لا ينبغي أن نسد الباب أمامها ونقول إن

---

(١) الجار موضع بساحل البحر يجمع فيه الطعام ثم يفرق على الناس بصكوك. الزرقاني على الموطأ: ٣/ ٢٨٨.

(٢) الموطأ بهامش المنتقى: ٤/ ٢٨٥.

(٣) السلم وتطبيقاته المعاصرة، الضرير: ص٤٠٨- ٤٠٩.

(٤) مناقشة أبحاث السلم المقدمة لمجلة مجمع الفقه الإسلامي (مرجع سابق): داغي، ص ٦٤٩.

كل شيء ممنوع وإن هذا غير جائز، فإذن قضية الاتفاق على عدم جواز استبدال المسلم فيه قبل قبضه محل نظر فليس هناك اتفاق ولا إجماع وإنما القضية مختلف فيها»[(١)].

المسألة الخامسة: تطبيقات السلم المعاصرة وآثار عقد السلم في التنمية الاقتصادية:

لقد حرم الإسلام الربا بأنواعه كلها، ومنع التعامل بها، وسد جميع الذرائع الموصلة إليها، لما فيه من الضرر العظيم الذي يعود شره على الأمة الإسلامية جمعاء، ولأنه سبب من الأسباب التي سرعان ما تفتك بالأمم.

وعندما حرم الإسلام الربا بأنواعه، فتح للمسلمين أبواباً مشروعة، وأباح لهم أنواعاً من التعامل تكفل مصالحهم، وتسد حاجاتهم، ومن ذلك (عقد السلم) الذي شرع رخصة واستثناء من القواعد العامة، لما فيه من المصلحة للأفراد والمجتمعات، ولما فيه من الحث على العمل والإنتاج، اللذين يؤديان إلى وفرة السلع ونشاط الأسواق التجارية، ويعم الخير والبركة الجميع[(٢)].

فيمكننا أن نلمس لعقد السلم آثاراً عديدة، سواء على المستوى الفردي أو المستوى الجماعي.

وعقد السلم يمكن أن يطبق في مجالات عديدة، ويكون بديلاً شرعياً للتمويل بالقرض بفائدة في كل المجالات التي يحتاج فيها إلى التمويل: المجال الزراعي، والصناعي، والتجاري، ويحقق مصلحة المموَّل - المسلم إليه - بإمداده بالمال اللازم له في زراعته، وصناعته، وتجارته، ويحقق مصلحة المموِّل - المسلِم - في الحصول على المنتجات الزراعية والصناعية والتجارية بأثمان رخيصة ومشروعة، تمكن من الربح الحلال، وفي تحقيق مصلحة المموَّل والمموِّل تحقيق

---

(١) مناقشة أبحاث السلم المقدمة لمجلة مجمع الفقه الإسلامي (مرجع سابق): داغي: ص ٦٥٢.

(٢) انظر: السلم: ناصر الحبيب: ص١٨ بتصرف.

لمصلحة المجتمع بتشجيع الزراعة والصناعة والتجارة التي تعود على الناس جميعاً بالنفع، وتخليص المجتمع من الأضرار التي تصيبه من التعامل بالربا، وسد حاجة الناس جميعاً لهذا التعامل، وهذه هي الحكمة من مشروعية عقد السلم(١).

كذلك يمكن تطبيقه في تمويل الحرفيين وصغار المنتجين الزراعيين والصناعيين عن طريق إمدادهم بمستلزمات الإنتاج في صورة معدات وآلات أو مواد أولية كرأس مال سلم مقابل الحصول على بعض منتجاتهم وإعادة تسويقها(٢).

ويمكن أيضاً اللجوء إليه في تمويل الأصول الثابتة - كبديل للتأجير التمويلي - حيث يقوم المصرف بتمويل الأصول الثابتة اللازمة لقيام المصانع الحديثة أو لإحلالها في المصانع القديمة القائمة، وتقديم تلك الأصول كرأس مال سلم مقابل الحصول على جزء من منتجات تلك المصانع على دفعات وفقاً لآجال تسليم مناسبة(٣).

تظل فائدة عقد السلم التي ارتأتها حكمة الشارع يوم أن أجازه استثناء باقية أبد الدهر، وهي احتياج البائع للثمن ليستعين به على إخراج المسلم فيه أو ليسد به حاجات معيشته إلى وقت التسليم. وكذلك حاجة المسلم للمسلم فيه(٤).

ولا يخفى أن خاصية عقد السلم - وهي كونه عقداً على موصوف في الذمة (منضبط بمواصفات محددة طبقاً لمقاييس دقيقة معروفة) - تجعل نطاقه شاملاً للمنتجات الزراعية كالحبوب والزيوت والألبان، والمنتجات الصناعية كالحديد والإسمنت والسيارات والطائرات، ومنتجات المواد الخام أو نصف المصنعة كالنفط وغيرها(٥).

---

(١) انظر: السلم وتطبيقاته المعاصرة: ص٤١٠-٤١١.

(٢) انظر: أدوات الاستثمار الإسلامية: عز الدين خوجة: ص٤٨، جدة، سنة ١٤١٣هـ،

(٣) انظر: الإطار الشرعي والاقتصادي والمحاسبي لبيع السلم: د/ محمد عبد الحليم عمر، ص٦٦، ٦٧.

(٤) انظر: السلم وتطبيقاته المعاصرة: د. محمد عطا السيد أحمد، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة التاسعة، العدد التاسع، الجزء الأول، ص٤٣٩، لعام ١٤١٧هـ/ ١٩٩٦م.

(٥) انظر: السلم وتطبيقاته المعاصرة- نزيه حماد: ص٦٠٢.

وقد ناقش مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره التاسع بأبو ظبي بدولة الإمارات العربية المتحدة من ١ إلى ٦ ذي القعدة ١٤١٥هـ الموافق ١-٦ أبريل ١٩٩٥م موضوع «السلم وتطبيقاته المعاصرة» وقرر ما يلي:

(أ) السلع التي يجري فيها عقد السلم تشمل كل ما يجوز بيعه ويمكن ضبط صفاته ويثبت ديناً في الذمة، سواء أكانت من المواد الخام أم المزروعات أم المصنوعات.

(ب) يجب أن يحدد لعقد السلم أجل معلوم، إما بتاريخ معين، أو بالربط بأمر مؤكد الوقوع ولو كان ميعاد وقوعه يختلف اختلافاً يسيراً لا يؤدي للتنازع كموسم الحصاد.

(جـ) الأصل تعجيل قبض رأس مال السلم في مجلس العقد، ويجوز تأخيره ليومين أو ثلاثة ولو بشرط، على أن لا تكون مدة التأخير مساوية أو زائدة عن الأجل المحدد للسلم.

(د) لا مانع شرعاً من أخذ المسلم (المشتري) رهناً أو كفيلاً من المسلم إليه (البائع).

(هـ) يجوز للمسلم (المشتري) مبادلة المسلم فيه بشيء آخر - غير النقد - بعد حلول الأجل، سواء كان الاستبدال بجنسه أم بغير جنسه. حيث إنه لم يرد في منع ذلك نص ثابت ولا إجماع، وذلك بشرط أن يكون البدل صالحاً لأن يجعل مسلماً فيه برأس مال السلم.

(و) وإذا عجز المسلم إليه عن تسليم المسلم فيه عند حلول الأجل فإن المسلم (المشتري) يخير بين الانتظار إلى أن يوجد المسلم فيه وفسخ العقد وأخذ رأس ماله، وإذا كان عجزه عن إعسار فنظرة إلى ميسرة.

(ز) لا يجوز جعل الدين رأس مال للسلم لأنه من بيع الدين بالدين[1].

❁ ❁ ❁

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة٩، العدد٩، ج١/ ص٦٦٣-٦٦٤، لعام ١٤١٧هـ/ ١٩٩٦م.

المبحث الثالث
أثر المصلحة المرسلة في عقد الاستصناع

وفيه مدخل ومطلبان:

مدخل

لقد أكرم الله تعالى هذه الأمة بخاتمة الشرائع والرسالات، وجعل شريعتها محكمة كاملة؛ قال ﷻ: ﴿ٱلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِى وَرَضِيتُ لَكُمُ ٱلْإِسْلَٰمَ دِينًا﴾(١)، فجاءت الشريعة الإسلامية خاتمة لما قبلها، ناسخة لما سبقها، جامعة للأحكام السماوية كلها، فتكفلت هذه الشريعة برعاية الإنسان، ووضعت له الأحكام الرشيدة، وأرشدته إلى أقوم السبل(٢).

لقد كان الفقه الإسلامي حريصاً وهو يوضح شريعة الله تعالى أن يبرز أحكام العقود والتصرفات التي تتم بين الناس، توجيهاً لمسيرة الناس إلى ما فيه خيرهم، وتحقيقاً لمصالحهم، وتحديداً لعلاقات الناس في معاملاتهم(٣).

ونتيجة لتطور حاجات العصر الحديث ونمو الاقتصاد ظهرت عقود جديدة للوفاء بحاجات لم تكن بارزة أو ملحة في عصور فقهائنا الأوائل، كما ظهرت في هذا العصر الحاجة إلى أنواع من التعامل التي كانت الحاجة إليها محدودة في النطاق الشخصي، ولكنها اليوم في عصر المشاريع والصناعة والتمويلات الكبرى والائتمانات الضخمة، نرى فيها قابلية لأن تلبي مطالب اقتصادية مهمة، وتحل بعض المشكلات في التعامل لمن يحرصون على التزام قواعد الشريعة الإسلامية وأحكامها في معاملاتهم، ولعل أهم ما ينطبق عليه ذلك في هذا المجال هو «**عقد الاستصناع**»(٤).

---

(١) سورة المائدة، من الآية [٣].

(٢) عقد الاستصناع وأثره في تنشيط الحركة الاقتصادية، محمد بن أحمد الصالح: ص١٩.

(٣) عقد الاستصناع- حسن علي الشاذلي- بحث في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ص٤٣٠، الدورة (٧)، العدد السابع، ج٢، ١٤١٢هـ/ ١٩٩٢م.

(٤) عقد الاستصناع- مصطفى أحمد الزرقاء- بحث في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ص٢٢٦-٢٢٧، د٧، ع٧، ج٢، ١٤١٢هـ/ ١٩٩٢م، بتصرف.

«يقوم عقد الاستصناع على بيع شيء غير موجود وقت التعاقد وإنما سيتم صنعه بعد التعاقد بناء على المواصفات التي يطلبها المستصنع (المشتري) من الصانع (البائع). ولذا يتعين إلقاء الضوء على حكم بيع المعدوم في الشريعة الإسلامية أولاً»[١].

اتفق الفقهاء أن بيع المعدوم لا يجوز[٢]، وأجمعوا على شرط وجود المبيع حين العقد.

ومن أمثلة بيع المعدوم:

بيع الثمرة قبل أن تخلق، وذلك لحديث ابن عباس رضي الله عنهما: (نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع المضامين[٣] والملاقيح[٤] وحبل الحبلة[٥][٦]، ولما في ذلك من الغرر والجهالة،

---

(١) عقد الاستصناع وأثره في تنشيط الحركة الاقتصادية، محمد أحمد الصالح، ص٢٧، بتصرف.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ٦/ ٢٩٩٦، والشرح الكبير لابن قدامة ٤/ ٢٧، والمجموع شرح المهذب للنووي ٩/ ٢٨٠.

(٣) ومعنى المضامين: ما في بطون الحوامل من كل شيء، قال أبو عبيد: المضامين هي ما في أصلاب الفحول، وهي جمع مضمون. انظر: فتح الباري ٤/ ٣٥٨، ولسان العرب١٣/ ٢٥٨، مادة (ضمن).

(٤) والملاقيح: اللقاح اسم ماء الفحل، وقد يقال للأمهات. ونهى عن أولاد الملاقيح وأولاد المضامين في المبايعة؛ لأنهم كانوا يتبايعون أولاد الشاة في بطون الأمهات. انظر: فتح الباري ٤/ ٣٥٨، ولسان العرب،٢/ ٥٠٨، مادة (لقح).

(٥) ومعنى حبل الحبلة: هو أن يباع ما يكون في بطن الناقة، وقيل: ولد الولد الذي في البطن، وكانت العرب في الجاهلية تتبايع على حبل الحبلة في أولاد أولادها في بطون الغنم الحوامل، فنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك. انظر: فتح الباري ٤/ ٣٥٨، ولسان العرب، ١١/ ١٣٩، مادة (حبل).

(٦) أخرجه مالك في الموطأ عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أنه قال: «لا ربا في الحيوان، وإنما نهي من الحيوان عن ثلاثة: عن المضامين، والملاقيح، وحبل الحبلة». الموطأ، ص٤٠٦، كتاب البيوع، باب: ما لا يجوز من بيع الحيوان، رقم ١١٦٩. وأخرجه عبد الرزاق في المصنف، ٨/ ٢١، من حديث ابن عمر. وقوى ابن حجر إسناده في التلخيص، ٣/ ١٢. وقال الألباني في صحيح الجامع الصغير ٢/ ١١٦٦ رقم ٦٩٣٧: «حديث صحيح».

والحديث: (نَهَى رَسُولُ اللهِ ﷺ عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ)[١].

ولا خلاف في استثناء بيع السلم فهو صحيح مع أنه بيع المعدوم، وذلك للنصوص الواردة فيه، وقد سبق تناول ذلك في مبحث بيع السلم.

ولعلَّ إجماع جمهور الفقهاء على أن بيع المعدوم لا يجوز راجع إلى الآتي:

١ - أنه بيع فيه غرر، وقد ورد نهي الرسول ﷺ عن بيع الغرر في حديث أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال: (نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة، وعن بيع الغرر)[٢]؛ لأن بيع الغرر يؤدي إلى المنازعة.

٢ - أنه بيع ما ليس عند الإنسان، فقد ورد عن حكيم بن حزام رضي الله عنه أنه قال: أتيت رسول الله ﷺ فقلت: يأتينا الرجل يسألني من البيع ما ليس عندي، أبتاع له من السوق ثم أبيعه. قال: (**لا تبع ما ليس عندك**)[٣].

ويُرَد على ذلك بأن نهي الرسول ﷺ عن بيع ما ليس عند الإنسان ليس فيه أن بيع المعدوم لا يجوز على الإطلاق، فهو يفيد أن بيع المعدوم الذي فيه غرر لا يجوز، ولا يفيد أن كل معدوم لا يجوز بيعه، فمن المعدوم ما لا غرر في بيعه لأنه لا تخفى علينا عاقبته وذلك كما في بيع الأشياء المعدومة وقت العقد ولكنها محققة الوجود في المستقبل كالسلم والاستصناع[٤].

فالعلة في النهي عن بيع المعدوم هي (الغرر)، فإذا انتفى الغرر جاز بيع المعدوم، وذلك ما قال به ابن القيم[٥].

---

(١) سبق تخريجه، ص١٦٦ من هذا الكتاب.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه ٣/ ١١٥٣، كتاب البيوع، باب: بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر، رقم ٢٧٣٨.

(٣) رواه الترمذي في سننه ٣/ ٥٤٣، باب: ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، برقم ١٢٣٢، والبيهقي في السنن الكبرى ٥/ ٢٦٧، رقم ١٠٢٠٢، وراجع تخريجه، ص٢٣٣، السابقة.

(٤) انظر: عقد الاستصناع- دراسة مقارنة- الدكتور:كاسب عبد الكريم البدران، ص٤٠.

(٥) انظر: إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم ١/ ٤٦٢، ٤٦٣.

المطلب الأول
تعريف عقد الاستصناع وأهميّته وفوائده

أولاً: تعريف عقد الاستصناع لغة واصطلاحاً:

الاستصناع في اللغة:

مصدر (استصنع) بمعنى طلب الصنعة، جاء في لسان العرب: «اصطنع فلان خاتماً إذا سأل رجلاً أن يصنع له خاتماً، واستصنع الشيء دعا إلى صنعه»[(١)].

وروى ابن عمر رضي الله عنهما: (أن رسول الله ﷺ اصطنع خاتماً من ذهب كان يجعل فصه في باطن كفه إذا لبسه)[(٢)]، فقوله: (اصطنع) أي أمر أن يصنع له، واستصنع الشيء؛ أي دعا إلى صنعه.

والصناعة: هي حرفة الصانع، وعمله الصنعة، والفاعل صانع[(٣)].

وقال في القاموس المحيط: الصناعة ككتابة: حرفة الصانع، وعمله الصنعة، وصنعة الفرس: حسن القيام عليه، والصنيع: السيف الصقيل المجرب، والسهم كذلك. ثم قال: رجل صِنَع اليدين (بالكسر وبالتحريك): حاذق في الصنعة[(٤)].

الاستصناع في الاصطلاح:

اختلف الفقهاء في الاستصناع وطبيعته: هل هو مجرد وعد من شخص لآخر، أو هو عقد ذو طرفين ينشأ بإيجاب وقبول منهما.

أولاً: جمهور الفقهاء: ذهب جمهور الفقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة) إلى القول بمنع الاستصناع، ولا يذكرون له تعريفاً مستقلاً يبين له ماهية خاصة، وإنما يذكرونه في

---

(١) لسان العرب ٨/ ٢٠٩، مادة (صنع).

(٢) صحيح البخاري ١١/ ٥٣٧، كتاب الإيمان.

(٣) المصباح المنير ١/ ٣٤٨، مادة (صنع)، والقاموس المحيط: ص٩٥٤، مادة (صنع).

(٤) والقاموس المحيط: ص٩٥٤، مادة (صنع).

عقد السلم فيما إذا بيع شيء موصوف في الذمة مما يصنع، فيعتبرونه سلماً (بينما السلم بوجه عام لا يختص بالمصنوعات)، لذا يشترطون لصحته أن تتوافر فيه شرائط السلم جميعاً، وفي طليعتها تعجيل الثمن. فليس له تعريف خاص عندهم يميزه بماهية عقدية وموضوع مستقلين، ويصرحون بعدم جوازه وصحته إذا لم تتوافر فيه شرائط السلم.

ومعنى ذلك أنه عندهم عقد من العقود الثنائية الطرف ويحتاج إلى إيجاب وقبول صحيحين لانعقاده، فليس مجرد وعد من طرف واحد لآخر لا يلزمه، ويبقى معه مختاراً في التنفيذ وعدمه، ولكنه ليس عقداً مستقلاً بل صورة من بيع السلم تخضع لشروطه، ويجري عليها حكمه[1].

جاء في مواهب الجليل: «من استصنع طستاً أو قلنسوة أو خفاً أو غير ذلك مما يعمل في الأسواق بصفة معلومة، فإن كان مضموناً إلى مثل أجل السلم ولم يشترط عمل رجل عينه ولا شيئاً بعينه يعمله منه جاز، إذا قدم رأس المال مكانه أو إلى يوم أو يومين، فإن ضرب لرأس المال أجلاً بعيداً لم يجز وصار ديناً بدين»[2].

وقال الشيرازي[3] الشافعي: «يجوز السلم في كل ما يجوز بيعه، وتضبط صفاته، وعدَّ بعض الأشياء التي يجوز السلم فيها، ومنها المصنوعات حيث قال: كالأثمان والحبوب.. والفخار والحديد والرصاص والجلود والزجاج»[4].

---

(١) انظر: عقد الاستصناع: للدكتور الزرقاء، المجلة: ص٢٣٤.

(٢) مواهب الجليل للحطّاب ٤/ ٥٣٩ –٥٤٠، وانظر: أيضاً الشرح الصغير للدردير ٣/ ٢٨٧.

(٣) هو: إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي الشيرازي أبو إسحاق (٣٩٣-٤٧٦هـ) العلامة المناظر، كان مرجع الطلاب ومفتي الأمة في عصره، واشتهر بقوة الحجة في الجدل والمناظرة، وكان حسن المجالسة، طلق الوجه، فصيحاً، ينظم الشعر، له تصانيف؛ منها: "التنبي" و"المهذب" في الفقه، و" اللمع" في أصول الفقه. توفي ببغداد، انظر: الأعلام ١/ ٥١، ومعجم المؤلفين ١/ ٦٨.

(٤) المهذب مع المجموع للشيرازي ١٣/ ١٠٩.

وجاء في الإنصاف للمرداوي الحنبلي: «فائدة: ذكر القاضي وأصحابه أنه لا يصح استصناع سلعة لأنه باع ما ليس عنده على غير وجه السلم»[١].

ثانياً: الحنفية: الاستصناع عند مشايخ الحنفية هو بيع، وهو عقد من العقود أجازوه استحساناً لا قياساً[٢]، أي عقد مستقل له اعتباره الذي يجعله متميزاً عن عقد السلم.

وقد اختار كثير من فقهاء الحنفية تعريف هذا العقد بذكر وصفه (الرسم) وهو لفظ مميز للمخبر عنه مما سواه، واختار آخرون منهم تعريفه بصورته (الحد) - أي ببيان طبيعته الذاتية -:

تعريف الاستصناع بالرسم:

يقول ابن الهمام: «الاستصناع: طلب الصنعة، وهو أن يقول لصانع خف أو مكعب أو أواني الصفر: اصنع لي خفاً طوله كذا أو سعته كذا أو دستاً - أي بُرْمَة - وهي: (القدر من الحجر) - تسع كذا، وزنها كذا على هيئة كذا بكذا، ويعطي الثمن أولا يعطي شيئاً فيعقد الآخر معه»[٣].

ومثّل السرخسي للاستصناع بقوله: «فإذا قال شخص لآخر من أهل الصنائع: اصنع لي الشيء الفلاني بكذا درهم، وقبل الصانع ذلك انعقد استصناعاً عند الحنفية، كما إذا استصنع الرجل عند الرجل خفين، أو قلنسوة أو طستاً أو كوزاً أو آنية من النحاس»[٤].

وبمثل هذا قال السمرقندي[٥]، وابن نجيم[٦]. وقد ذكر بعضهم من صور الاستصناع

---

(١) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي ٤/ ٣٠٠

(٢) باستثناء زفر الذي يعتبره من السلم كجمهور الفقهاء.

(٣) شرح فتح القدير لابن الهمام ٥/ ٣٥٤.

(٤) المبسوط للسرخسي ٢/ ١٣٨.

(٥) انظر: تحفة الفقهاء: محمد بن أحمد السمرقندي ٢/ ٥٣٨.

(٦) انظر: البحر الرائق لابن نجيم ٦/ ١٨٥.

وزاد بعض ما وجد في عصور المتأخرين كصناعة الزجاج والحديد؛ مما يدل دلالة واضحة، على أن ذكر الصور عند المتقدمين على سبيل المثال لا الحصر.

تعريف الاستصناع بالحد:

يقول العيني: الاستصناع هو «أن يطلب من الصانع أن يصنع له شيئاً بثمن معلوم»[(١)].

ويقول ابن عابدين: «هو طلب العمل من الصانع في شيء خاص على وجه مخصوص»[(٢)].

ويقول الكاساني: «الاستصناع عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل»[(٣)]، ومنها ما نقله الكاساني عن بعض الفقهاء أنه: «عقد مقاولة»[(٤)].

وقد عرفته مجلة الأحكام العدلية في المادة (١٢٤) بأنه: «عقد مقاولة مع صاحب الصنعة على أن يعمل شيئا».

ويتضح من تعريف الاستصناع عند الحنفية ما يأتي:

١ - أنه تعاقد بين: صاحب صنعة - وهو الصانع - وآخر هو المستصنع.

٢ - أن المبيع (الشيء المصنوع) هو مبيع في الذمة، شرط فيه العمل - وحددت أوصافه المميزة له عن غيره من وزن وهيئة وغير ذلك.

٣ - أن الثمن معلوم ومحدد، ويصح أن يعطيه المستصنع للصانع مقدماً عند التعاقد، ويصح أن يعطيه قدراً منه والباقي عند استلام (الشيء المصنوع)، ويصح أن يؤخره إلى أن

---

(١) رمز الحقائق في شرح كنز الدقائق: محمود بن أحمد بن موسى العيني ٢/ ٥٦.

(٢) حاشية ابن عابدين على الدر المحتار ٥/ ٢٢٣.

(٣) بدائع الصنائع ٤/ ٩٣.

(٤) بدائع الصنائع ٦/ ٢٦٧. (طبعة القاهرة، نشر زكريا يوسف علي).

يتسلم (المصنوع)[١].

ثانياً: أهمية عقد الاستصناع:

إن لعقد الاستصناع أهميةً بالغة من عدة جوانب:

الجانب الأول:

أنه عقد فيه تيسير كبير على المسلمين، وذلك لأنه لا يشترط فيه تسليم الثمن، ولا المثمن، فهو تغطية كاملة لجانبين مهمين هما: عقد السلم الذي لا يشترط فيه وجود المسلم فيه، ولكن يجب تسليم الثمن في المجلس عند الجمهور، وفي ثلاثة أيام عند المالكية، وعقد بيع الأجل الذي لا يشترط فيه تسليم الثمن، ولكن لابد من وجود المثمن (المبيع) وتسليمه إلى المشتري، فأباح الإسلام عقد الاستصناع الذي هو في واقعه وارد في الذمة من حيث العين والعمل. وبذلك اكتملت جميع الجوانب الثلاثة، وغطت الحاجة الأساسية للمجتمع المسلم الذي يحتاج كثيراً إلى هذه العقود الثلاثة.

الجانب الثاني:

أن عقد الاستصناع له دور بارز في تطوير المصانع وتنمية المجتمع، وتطويره، وكان له دور في المجتمعات السابقة، ودروه اليوم أكثر، نظراً لحاجة المصانع إلى الأموال، وإلى التشغيل، فكثير من المصانع ليس لها من السيولة ما يكفي لتطويرها كما أنها قد تخاف من صنع مواد لا يشتريها الناس، وحينئذٍ تكسد بضائعها ومصنوعاتها، فتخسر، وقد يؤدي ذلك إلى غلقها وإفلاسها، ولكن يباح لها من التعاقد على المصنوعات، وتضمن لنفسها قبل البدء مشترين وزبائن تقدم على التصنيع وهي مطمئنة من عدم الخسارة، بل من الربح، وهكذا وبذلك تنمو المصانع وتكثر المصنوعات، بل وقد ترخص نتيجة لذلك وللتنافس[٢].

---

(١) عقد الاستصناع: الدكتور حسن علي الشاذلي، بحث في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ص٤٣٣، الدورة (٧)، العدد (٧)، ج٢، لعام ١٤١٢هـ/ ١٩٩٢م.

(٢) انظر: عقد الاستصناع، الدكتور علي محيي الدين القره داغي (بحث في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، د٧، ع٧، ج٢، ١٤١٢هـ/ ١٩٩٢م) ص٣٦٧ وما بعدها.

وقد ناقش مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة في المملكة العربية السعودية من ٧ إلى ١٢ ذو القعدة ١٤١٢هـ الموافق ٩-١٤ مايو ١٩٩٢م موضوع عقد الاستصناع، وأصدر بشأنه القرار رقم: ٦٧/ ٣/ ٧، **ونصه:**

أولاً: إن عقد الاستصناع - وهو عقد وارد على العمل والعين في الذمة - ملزم للطرفين إذا توفرت فيه الأركان والشروط.

ثانياً: يشترط في عقد الاستصناع ما يلي:

(أ) بيان جنس المستصنع ونوعه وقدره وأوصافه المطلوبة.

(ب) أن يحدد فيه الأجل.

ثالثاً: يجوز في عقد الاستصناع تأجيل الثمن كله، أو تقسيطه إلى أقساط معلومة لآجال محددة.

رابعاً: يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم تكن هناك ظروف قاهرة[1].

ثالثاً: وللاستصناع مصالح عظيمة:

من أهمها:

١- القضاء على البطالة المنتشرة في العالم وخصوصاً الإسلامي، وذلك حين يراد استغلال تلك الموارد التي تدخل ضمن عقد الاستصناع، ويحصل التكامل بين الخبرات ورأس المال، ويقضي حينئذ على البطالة بتوجيه الأيدي التي يمكن عملها وهي معطلة إلى الصناعة. والقضاء أو الحد من انتشار السلبية التي تترتب على انتشار البطالة.

٢- يسهم الاستصناع في تحقيق الاستقرار الاقتصادي؛ إذ إن طلب سلع خاصة بصفات معينة يعني أن هناك حاجة لها، يدل على عدم وجود تضخم في المصنوعات، وهذا بدوره يؤدي إلى التوازن بين العرض والطلب مما يؤدي إلى تحقيق استقرار في اقتصاد البلاد.

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، د٧، ع٧، ج٢، ١٤١٢هـ/ ١٩٩٢م) ص٧٧٧ وما بعدها.

٣- إشباع الحاجات التي تؤدي إلى التوسعة وتجنب المكلفين الحرج والمشقة، إذ قد يحتاج الإنسان إلى شيء لا يجده في الأسواق على الصفة التي يرغبها، فإذا استصنعه رفع الحرج عن نفسه.

٤- يضمن الصانع عدم ركود السلع عنده أو فسادها، فلا يصنع إلا ما يتفق على صناعته.

٥- عقود الاستصناع كفيلة بضمان نفاذ ما تصنعه المصانع لا سيما إذا كانت هناك سياسة ثابتة للدول لإحلال الإنتاج المحلي مكان المستورد الذي تخرج أثمانه إلى خارج البلاد، فتقل العملات الصعبة التي تحرص الدول على الحصول على أكبر قدر منها.

٦- يؤدي عقد الاستصناع إلى حل الأزمات السكانية أو الحد منها حيث تنتشر العمارات بدون حاجة إلى دفع الثمن في مجلس العقد[١].

أثر الاستصناع في تنشيط الحركة الاقتصادية:

لقد أدى الاستصناع في الماضي دوراً مهماً في الحياة العملية، فأفاد الصانع الذي قدم في صنعته خبرة معينة ومهارة فائقة، وأضفى على مادة الصنعة التي يقدمها من نفسه فناً خاصاً وإبداعاً جديداً، واستطاع بذلك إدخال تطوير وتعديل على صنعته. وأفاد المستصنع الذي استطاع من خلال الاستصناع الحصول على ما يرغب فيه وإرضاء ذوقه، وتحقيق مصلحته على وفق المقاييس المناسبة له[٢].

---

(١) انظر: الاستصناع، للدكتور سعود الثبيتي: ص٨٣ وما بعدها بتصرف (مكة المكرمة، دار ابن حزم، ط١، ١٤١٥هـ/ ١٩٩٥م) ص٨٣ وما بعدها بتصرف.

(٢) انظر: عقد الاستصناع، الدكتور وهبة الزحيلي (بحث في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، د٧، ع٧، ج٢، ١٤١٢هـ/ ١٩٩٢م) ص٣٢٠

ثم انتشر الاستصناع انتشاراً واسعاً في العصر الحديث، وشمل صناعات متطورة ومهمة جداً في الحياة المعاصرة كالطائرات والسفن والسيارات وغيرها، مما أدى إلى تنشيط الحركة الصناعية ونمو حركة المصانع والمعامل اليدوية والآلية، وقد أسهم كل ذلك بنحو واضح في رفاه الأفراد والمجتمعات وتوفير حاجات الدول ومصالحها(١).

ومما تقدم يتضح مدى أهمية عقد الاستصناع والمصالح التي يحققها للأفراد والمجتمعات، وشدة الحاجة إليه، لحاجة المصانع إلى الأموال، وإلى تشغيل الأيدي العاملة، وترويج منتجاتها، بما يعود على المجتمع كله بالخير والنماء.

المطلب الثاني
مسألتان في عقد الاستصناع وبيان أثر المصلحة المرسلة في مشروعيته

المسألة الأولى: تصنيع العقارات:

يلتبس على الكثير أن العقارات التي تبنى حالياً المراد منها هو المراد بالاستصناع. إلا أنها تختلف عن الاستصناع من عدة أمور وهي: من جهة كون المقاول يعمله في أرض المالك مما لا سبيل إلى رده إلا بهدمه وإتلافه. وأنه بتجدد الأعصار أخذت مسائل الاستصناع التي يلزم بناؤها على مثل ما ذكره الفقهاء تختلف في مثل هذا العقد حيث أدخلوا فيها أشياء كثيرة من الشروط والتحديدات والغرامات، مما يتغير الحكم بدخولها في عقد أضف إليه إدخال الكثير من الآلات والأدوات المتنوعة والدقيقة مما قد يوجد في بلد العقد وقد لا يوجد.

أما فقهاء النظام الوضعي فقالوا: ينبغي أن يتعلق الاستصناع بتصنيع منقولات مادية ولا تعتبر عقود استصناع: الاتفاقات التي يتعهد بمقتضاها مقاول بأن يشيد لحساب شخص ما عملاً عقارياً أو ثابتاً يلتزم بأن يقدم مواده؛ إذ يكون حينئذ أمام مجرد استئجار للعمل والصناعة. فتصنيع العقارات لا ينطبق عليها عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي والنظام الوضعي.

---

(١) انظر: عقد الاستصناع، الدكتور وهبة الزحيلي (بحث في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، د٧، ع٧، ج٢، ١٤١٢هـ/ ١٩٩٢م): ص٣٢٠

وهنا تساؤل هو: ما حكم شراء المباني الجاهزة؟ هل هي بيع محض أم هل هي داخلة في الاستصناع؟

بالنسبة لبناء العقارات الجاهزة أو التي تسمى "السابقة الصنع" تعتبر استصناعاً نظراً لما يأتي:

١-أنها ولو كانت في ملك المستصنع إلا إنه يمكن الفسخ والإرجاع بسهولة.. وذلك بفتحها وإرجاعها إلى صاحبها عند عدم المطابقة.. كالثوب، فعند المخالفة للأوصاف ينزعه المشتري ليرجعه.. فعلى هذا تنظيم أحكام عقد الاستصناع على المباني الجاهزة.

٢- مهما أدخل المقاولون أو الصناع من أشياء جديدة أو دقيقة، فما دام في الإمكان إرجاعها، فلا بأس في ذلك ولا ضير، ولو كانت غير موجودة زمن التعاقد، فالوسائل الحديثة في النقل، واستعمال الآلات الكاتبة البرقية، والحاكي، والهاتف، وغير ذلك من أنواع الآلات المستعملة في الاتصال وغير ذلك من وسائل التعامل بين البلدان بعيدة الأطراف؛ والتي تعين كثيراً على حل مشاكل الصناعة والتجارة، وعلى هذا تكون الصناعات التي كثرت في بلاد المسلمين في المباني الجاهزة داخلة في الاستصناع[1].

وخلاصة القول:

أن التطبيقات المعاصرة بعقد الاستصناع كثيرة حيث يمكن تطبيقها على كل ما دخلت فيه الصناعة، فهي تشمل جميع الصناعات التي يقوم بصنعها الصانع، أو الصناع، من الطائرات والصواريخ إلى صنع الأحذية والأثواب ونحوها، وهي تشمل أيضاً بناء العقارات وتصنيع المباني الجاهزة. بل إن المصنوعات أسهل في تطبيق الاستصناع عليها؛ نظراً إلى أن المصانع اليوم آلية لا تختلف مصنوعاتها بعضها عن بعض، وهي قادرة على

---

(١) انظر: أحكام عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي: د. ناصر أحمد إبراهيم النشوي: ص٤٤٦-٤٤٧.

الضبط الدقيق والمثلية الكاملة بدقة متناهية في حين كانت الصناعات في السابق كلها يدوية، بحيث توجد الصعوبة في التحكم في الملكية.

كذلك يمكن تطبيق عقد الاستصناع للتمويل في جميع المشاريع الصناعية، وهذا هو مجال واسع للبنوك الإسلامية بأن تقوم بتمويل هذه المشاريع الصناعية وشراء المصنوعات على أساس عقد الاستصناع، وكذلك مشاريع البناء ونحوها مما فيه صناعة إضافة إلى عقد الاستصناع الموازي(١).

المسألة الثانية: موقف الشريعة الإسلامية من بيع البيوت على المصورات:

شاعت في هذا العصر عملية بيع البيوت والمخازن ونحوها على المصورات، والذي دفع الناس إلى ذلك، بالإضافة إلى ما يسمى بـ (أزمة السكن)، الرغبة في سعر أدنى من جهة، وعجز المشتري عن شراء البيت بدون تقسيط ثمنه، وعجز البائع أحياناً عن تحويل مشروع سكني لمالكه بمفرده.

وقد نص مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة من ١٧-٢٣ شعبان ١٤١٠هـ الموافق ١٤-٢٠ آذار ١٩٩٠م في قراره رقم (٥٢/ ١/ ٦) وفي البند (د) منه، وفي معرض بيانه للطرق المشروعة لتوفير المسكن:

أن تملك المساكن عن طريق عقد الاستصناع - على أساس اعتباره لازماً - وبذلك يتم شراء المسكن قبل بنائه، بحسب الوصف الدقيق المزيل للجهالة المؤدية للنزاع، دون وجوب تعجيل جميع الثمن، بل يجوز تأجيله بأقساط يتفق عليها، مع مراعاة الشروط والأحوال المقررة لعقد الاستصناع لدى الفقهاء الذين ميزوه عن عقد السلم.

❁ ❁ ❁

---

(١) انظر: بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، د.علي محيي الدين القره داغي: ص١٥٧، وانظر: عقد الاستصناع، الدكتور كاسب البدران: ص٢٢١ وما بعدها.

المبحث الرابع
أثر المصلحة المرسلة في الإجارة

وفيه مطلبان:

المطلب الأول
تعريف الإجارة ومشروعيتها

وعقد الإجارة يعد واحداً من تلك العقود التي تبرم بين طرفين. بل إن غالب أحكام الإجارة يأخذ أحكام البيوع، وكثيراً ما تتم إحالة أحكام الإجارة إلى أحكام البيوع للتشابه الشديد بينهما، وقد ذهب بعض الأئمة كالإمام الشافعي إلى عدها نوعا من أنواع البيوع: «والإجارات صنف من البيوع؛ لأن البيوع كلها إنما هي تمليك من كل واحد منهما لصاحبه، يملك بها المستأجر المنفعة التي في العبد، والبيت، والدابة إلى المدة التي اشترط، حتى يكون أحق بالمنفعة التي ملك من مالكها، ويملك بها مالك الدابة والبيت العوض الذي أخذه عنها. وهذا البيع نفسه»[١]. أخذ بهذا الاتجاه كثير من الفقهاء المؤلفين على اختلاف مذاهبهم.

تعريف الإجارة: لغة وشرعاً:

الإجارة لغة:

مشتقة من الأجر، وفعلها أجَر، ولها معنيان:

الأول: الكراء على العمل.

الثاني: جبر العظم الكسير.

«**فأما الكراء**: فالأجر والأجرة، وكان الخليل يقول: الأجر جزاء العمل، والفعل أجَر، يأجر، أجراً، والمفعول: مأجور، والأجير: المستأجر، والإجارة: ما أعطيت من أجر في عمل، وقال غيره: ومن ذلك مهر المرأة، قال ﷻ: ﴿وَءَاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[٢].

---

(١) الأم للإمام الشافعي ٤/ ٢٥.

(٢) سورة النساء، من الآية [٢٥].

وأما جبر العظم الكسير فيقال منه: أجِرَت يده، ويقولون: أجَرَت يده فهذان أصلان، والمعنى الجامع بينهما أن أجرة العامل كأنها شيء يجبر به حاله فيما لحقه من كد فيما عمله»[1].

ولهذا ذكر الفقهاء معنى الإجارة في اللغة بأنها «مشتقة من الأجر، وهو العوض، ومنه سمي الثواب أجراً؛ لأن الله تعالى يعوض العبد به على طاعته، أو صبره عن معصيته»[2].

تعريف الإجارة شرعاً:

اختلفت تعريفات المذاهب للإجارة لفظاً واتفقت معنى:

الحنفية: «عقد على المنافع بعوض»[3].

المالكية: «عقد وارد على المنافع لأجل»، وبعبارة أدق: «تمليك منافع شيء مباحة مدة معلومة بعوض»[4].

الشافعية: «عقد على منفعة معلومة مقصودة قابلة للبذل، والإباحة بعوض معلوم وضعاً»[5].

الحنابلة: «عقد على منفعة مباحة معلومة، مدة معلومة، من عين معلومة، أو موصوفة في الذمة، أو عمل بعوض معلوم»[6].

---

(١) معجم مقاييس اللغة ١/ ٦٢، مادة (أجر).

(٢) كشاف القناع ٣/ ٤٥٦، والشرح الصغير للدردير ٤/ ٦.

(٣) الهداية على شرح بداية المبتدئ للمرغيناني ٣/ ٢٣١.

(٤) ملخص الأحكام الشرعية على المعتمد من مذهب المالكية: محمد محمد عامر، ص٢١٣، وانظر: حاشية قليوبي على منهاج الطالبين ٣/ ٦٧.

(٥) حاشية قليوبي على منهاج الطالبين ٣/ ٦٧.

(٦) شرح منتهى الإرادات ٢/ ٣٥٠.

وتعريف الحنابلة قد تضمن ما في التعريفات الأخرى، وأضاف إليها بعض الشروط اللازم توافرها في عقد الإجارة.

ثانياً: مشروعية الإجارة:

ثبتت مشروعية الإجارة بالأدلة من الكتاب، والسنة، والإجماع.

أما الكتاب:

فقد حكى مشروعيتها لدى الأمم السابقة. يقول ﷻ: ﴿فَٱنطَلَقَا حَتَّىٰٓ إِذَآ أَتَيَآ أَهْلَ قَرْيَةٍ ٱسْتَطْعَمَآ أَهْلَهَا فَأَبَوْاْ أَن يُضَيِّفُوهُمَا فَوَجَدَا فِيهَا جِدَارًا يُرِيدُ أَن يَنقَضَّ فَأَقَامَهُۥ ۖ قَالَ لَوْ شِئْتَ لَتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا﴾[1]، ففي هذا «دليل على صحة جواز الإجارة، وهي سنة الأنبياء والأولياء»[2].

ولم يأت في الشريعة الإسلامية ما يعارض ذلك. بل وردت الآيات القرآنية صريحة في مشروعيتها، قال الله ﷻ: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[3]، الخطاب هنا للأزواج الذين طلقوا زوجاتهم، فإذا وافقت الزوجة على إرضاع ولدها من زوجها المطلق، فعلى الآباء أن يعطوهن أجرة إرضاعهن، واستفاد العلماء من هذه الآية «أن للرجل أن يستأجر امرأته للرضاع كما يستأجر أجنبية»[4].

أما السنة:

فالأحاديث الدالة على مشروعيتها كثيرة؛ منها:

---

(١) سورة الكهف، الآية [٧٧].

(٢) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١١/ ٣٢.

(٣) سورة الطلاق، من الآية [٦].

(٤) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١٥/ ٨٣.

ما رواه أبو هريرة ﷺ عن النبي ﷺ قال: (قَالَ اللهُ تعالى: ثَلاثَةٌ أَنَا خَصْمُهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ: رَجُلٌ أَعْطَى بِي ثُمَّ غَدَرَ، وَرَجُلٌ بَاعَ حُرًّا فَأَكَلَ ثَمَنَهُ، وَرَجُلٌ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَاسْتَوْفَى مِنْهُ وَلَمْ يُعْطِ أَجْرَهُ)[(١)].

وقد كان الصحابة ﷺ يؤجرون أنفسهم في عصره ﷺ، ويعملون الأعمال المختلفة، حتى (إن علياً ﷺ أجر نفسه من امرأة على أن ينزع لها كل ذَنُوب بتمرة. فنزع ستة عشر ذَنُوباً حتى مجلت[(٢)] يداه، فعدّت له ست عشرة تمرة، فأتى النبي ﷺ فأخبره، فأكل معه منها)[(٣)].

أما الإجماع:

فقد أجمع الفقهاء على مشروعية الإجارة وإباحتها؛ اعتماداً على الأدلة المتواترة من الكتاب، والسنة، وعمل الصحابة ﷺ.

يقول الشافعي: «فمضت به (الإجارة) السنة، وعمل بها غير واحد من أصحاب رسول الله ﷺ، ولا يختلف أهل العلم ببلدنا فيما علمناه في إجازتها، وعوام فقهاء الأمصار»[(٤)].

حكم عقد الإجارة من حيث اللزوم وعدمه:

اتفق الأئمة الأربعة على أن «الإجارة عقد لازم بين الطرفين ليس لواحد منهما فسخه»[(٥)] اختياراً، ويترتب على هذا أمور:

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الإجارة، باب: إثم من منع أجر الأجير، رقم ٢١٠٩.

(٢) المجل: التنفط الذى يصير فى اليد من العمل بفأس أو نحوها، شرح النووي على صحيح مسلم ٢/ ١٦٩، وقيل: تقرحت من العمل، وصلبت، وثخن جلدها، وتعجر. انظر: لسان العرب ١١/ ٦١٦ مادة (مجلت).

(٣) رواه الإمام أحمد في مسنده ١/ ١٣٥، برقم ١١٣٥، والهيثمي في مجمع الزوائد ٤/ ٩٧، وقال عقبه: «رواه ابن ماجه باختصار ورواه أحمد ورجاله رجال الصحيح».

(٤) الأم للإمام الشافعي ٣/ ٢٥.

(٥) المغني ٦/ ٢٠.

(أ) عدم جواز الفسخ في حالة استيفاء المنفعة المعقود عليها، وهو موضع اتفاق بين الجميع.

(ب) إذا ظهر مانع من الانتفاع بالعين المعقود عليها قبل العقد، أو أثناءه، كما لو «اكترى أرضاً لها ماء ليزرعها، أو استأجر داراً ليسكنها فانقطع ماؤها؛ أي الأرض، أو انهدمت الدار قبل انقضاء مدة الإجارة انفسحت...»[١]، من البداية فيما إذا تعذر الانتفاع بها منذ البداية، وفيما تبقى من المدة إذا كانت في الأثناء.

المطلب الثاني
مسألتان في الإجارة وبيان أثر المصلحة المرسلة في مشروعيتهما

المسألة الأولى: عقود الصيانة:

في الفقه الإسلامي - ومثله في القوانين الوضعية - عقود عدة تسمى العقود المسماة، وهي العقود التي خصت في القانون باسم معين وتولى الشارع بيان الأحكام الخاصة بها، علاوة على الأحكام العامة التي تخضع لها العقود عموماً فيعمل بهذه الأحكام الخاصة ولو خالفت القواعد العامة[٢]، والمقصود بالعقود هنا تلك التي يشترط فيها اتفاق الطرفين. إلا أنه لا يوجد ما يمنع من أن تنشأ عقود أخرى على مر الزمن غير تلك العقود المذكورة في كتب الفقهاء، غير أن تلك العقود ما تلبث أن تسمى حتى يتبين الناس الحلال منها والحرام، فمصالح الناس اليومية متنامية ومتغيرة بحسب الزمان والمكان، وقد جد لنا بسبب المخترعات الحديثة الكثير من العلاقات الاجتماعية، والمالية الجديدة. وجدت الحاجة بذلك إلى عقود جديدة لم يكن هناك حاجة إليها من قبل.

---

(١) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢/ ٣٧٣.

(٢) التصرفات والوقائع الشرعية: د. محمد زكي عبد البر: ص٦٩.

وهذه العقود غير المسماة تصبح عقوداً مسماة حينما تشتهر ويصبح الناس في حاجة ملحة لها فتنظمها القوانين، ولا تزال العقود تتجدد في كل يوم(١)، مثل عقود الإشراف على المشاريع وتنفيذها، وعقود السمسرة، ومنها أيضاً عقود الصيانة(٢).

عقد الصيانة من العقود الضرورية التي لا غنى للمجتمع عنها؛ فالبناء، والمصنع، والقطار، والسيارة، والطائرة، والساعة، وكل موجود يحتاج إلى الصيانة لكي يبقى ويستمر منتفعاً به إلى أن يلحقه الفناء.

تعريف الصيانة:

الصيانة في اللغة: الحفظ. يقال: صان صوناً وصياناً وصيانة إذا حفظه في صوانه، والصوان هو ما يصان فيه الشيء(٣).

الصيانة في الاصطلاح: لا يوجد تعريف في الفقه ولا في القانون لعقد الصيانة؛ لأنه لا يوجد عقد بهذا الاسم، لا في الفقه، ولا في القانون، فهو من العقود المستحدثة التي تحتاج إلى تكييف قانوني، وتكييف فقهي، وتعريف(٤).

والأقرب إليه: أنه عقد على حفظ أداء ما ينتفع به، وكان نفعه محتاجاً إلى رعاية؛ لاستمراره من جهة وضمان سلامته من جهة أخرى.

التكييف القانوني: أنه عقد مقاولة، وعقد المقاولة من العقود المسماة المستحدثة المعمول بها في جميع البلاد العربية(٥).

---

(١) المدخل في التعرف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه: محمد مصطفى شلبي: ص٥٦٣.

(٢) عقود الصيانة للدكتور أحمد الحجي الكردي، ص١٧٩، بحث في مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، السنة١١، العدد ٣٠، شعبان ١٤١٧هـ- ديسمبر ١٩٩٦م.

(٣) مختار الصحاح: ص١٥٧، والمصباح المنير: ص٣٥٢.

(٤) عقود الصيانة وتكييفها الشرعي- الدكتور الصديق محمد الأمين الضرير: ص١١٦- مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدور الحادية عشرة، العدد الحادي عشر، الجزء الثاني، ١٤١٩هـ/ ١٩٩٨م.

(٥) عقود الصيانة وتكييفها الشرعي- الضرير: ص١٠٦.

تعريف عقد المقاولة:

عرف قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤م، مادة (٣٧٨): «المقاولة عقد يتعهد أحد الطرفين بمقتضاه بأن يصنع شيئاً، أو يؤدي عملاً، لقاء مقابل يتعهد به الطرف الآخر». وهذه المادة مأخوذة من القانون الأردني مادة (٧٨٠) مع استبدال كلمة (مقابل) بكلمة (بدل). والقانون الأردني أخذ هذا التعريف من القانون المدني المصري[1] مع استبدال كلمة (بدل) بكلمة (أجر) وتقديم وتأخير لبعض الكلمات.

وعقد الصيانة هو نوع من أنواع عقد المقاولة[2]، ينطبق عليه أكثر ما ينطبق على عقد المقاولة، وكل من عقد المقاولة وعقد الصيانة قد يتعهد فيه أحد المتعاقدين أن يؤدي عملاً، وينفرد عقد المقاولة بأن أحد المتعاقدين قد يتعهد بأن يصنع شيئاً، فعقد المقاولة أعم من عقد الصيانة، فكل عقد صيانة هو عقد مقاولة[3].

وعرفه الدكتور الضرير فقال: «إذا أردنا تعريفاً خاصاً لعقد الصيانة نقول: عقد الصيانة يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بصيانة شيء لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر»[4].

التكييف الشرعي لعقد الصيانة:

جاء في خطاب الأمانة العامة لمجمع الفقه الإسلامي: «لا يخفى التعقيد الذي بلغته صناعة الآلات والمعدات والأجهزة في مختلف المجالات، مما جعل الاهتمام بصيانتها يوازي أهمية الحصول عليها، وكذلك الحال بالنسبة للمشاريع العمرانية؛ حيث يحرص المتعاقد لامتلاك مصنوع أو مشروع على ضمان بقاء الانتفاع به، دون تعرضه للتلف أو الخلل لأسباب ترجع إلى سوء الصنع أو الإنجاز.

---

(١) المادة: ٦٤٦ ونصها: «المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر».

(٢) انظر: الوسيط للسنهوري: ٧/ ٣١- ٣٤.

(٣) عقود الصيانة وتكييفها الشرعي للضرير، ص١٠٧.

(٤) المرجع السابق. الموضع نفسه.

وهناك عقود صيانة تنشأ مستقلة عن عقد التملك للأصل المراد صيانته سواء كانت لاستبقاء المالك الانتفاع بملكه، أو لاستمرار الأعيان المؤجرة صالحة دون انقطاع المنفعة.. ويكتنف هذه العقود بعض الالتباس في تكييفها بسبب جهالة مقدار العمل، وهو ما يغتفر في عقد الجعالة، أو بسبب الالتزام مع العمل بتقديم المواد والقطع التي تتطلبها الصيانة.

وقد استقر التعامل على الحصول على تعهد من الصانع أو المقاول بالصيانة طيلة مدة متعارف عليها لدرء الخلل غير المتوقع للعمر الاستهلاكي، ويقع هذا الالتزام جزءاً لا يتجزأ من الصفقة الأصلية للتملك»[1].

وتكييف عقود الصيانة - كما يقول الدكتور الضرير - يحتاج إلى تفصيل على النحو التالي[2]:

١- **تكييف عقد الصيانة غير المقترن بعقد آخر وغير المحتاج لمدة**: هذا هو أبسط أنواع عقود الصيانة، فهو عقد صيانة مجرد، أو مستقل، غير مقترن بعقد آخر: مقاولة أو غيرها، وغير محتاج إلى مادة، لا من الصائن، ولا من صاحب الشيء المصون، فهو عقد يتعهد فيه الصائن بأداء عمل فقط هو الصيانة. ويلحق بهذا النوع الصيانة التي تحتاج إلى مادة لا يعمل المتعاقدون لها حساباً في العادة. وهذا النوع من عقود الصيانة يشبه شبهاً تاماً عقداً معروفاً في الفقه الإسلامي هو عقد إجارة الأشخاص، وعقد إجارة الأشخاص قد يكون فيه الأجير مشتركاً، وقد يكون فيه الأجير خاصاً، والأجير المشترك هو: مَن يُستأجَر لأداء عمل معين، ولم يختص به شخص معين كالبنَّاء، والمهندس، والصائن إذا لم يكن عملهم مقصوراً على معين، والأجير الخاص هو: مَن يُستأجَر مدة محددة لأداء عمل لشخص معين بحيث لا يتقبل عملاً من غيره مدة الإجارة.

---

(١) عقود الصيانة وتكييفها الشرعي- الدكتور محمد أنس الزرقاء، والدكتور سامي إبراهيم السويلم- بحث في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، د١١، ع١١، ج٢، ١٤١٩هـ/ ١٩٩٨م، ص١٨٥ – ١٨٦.

(٢) عقود الصيانة وتكييفها الشرعي- الضرير: ص١١١- ١١٨.

وفي عقد الصيانة قد يكون الصائن ممن يعمل لجميع الناس، فتطبق عليه في هذه الحالة أحكام الأجير المشترك، وهذا هو الغالب، وقد يكون الصائن يعمل لشخص معين، كما لو اتفق صاحب مصانع مع شخص ليتفرغ لصيانة مصانعه بأجر شهري، فتطبق عليه أحكام الأجير الخاص.

والمعقود عليه في عقد الصيانة عندما يكون الصائن أجيراً مشتركاً هو العمل، ولذا يجب أن يعين تعييناً ينتفي معه الغرر المؤدي إلى فساد العقد، كما يجب أن يكون الأجر معلوماً، أما المعقود عليه بالنسبة للصائن عندما يكون أجيراً خاصاً فهو منفعته أو وقته في المدة التي يعمل فيها، لهذا يجب أن تكون المدة معينة في العقد.

٢- تكييف عقد الصيانة غير المقترن بعقد، والمحتاج إلى مادة، والمتعهد بالمادة هو صاحب الشيء المصون: هذا النوع من عقود الصيانة كالنوع الأول يكون فيه الصائن إما أجيراً مشتركاً، أو أجيراً خاصاً تطبق عليه أحكامهما، ويضاف إلى هذا النوع أن المادة التي يقدمها صاحب الشيء المصون تكون أمانة في يد الصائن يضمنها إذا تعدى أو قصّر في حفظها باتفاق الفقهاء، أما إذا تلفت من غير تعدًّ أو تقصير، فإن كان الصائن أجيراً خاصاً فإنه لا يضمن باتفاق الفقهاء أيضاً، وإن كان أجيراً مشتركاً فإن في تضمينه وعدمه الخلاف المشهور بين الفقهاء[1].

٣- تكييف عقد الصيانة غير المقترن بعقد، والمحتاج إلى مادة والمتعهد بالمادة الصائن: هذا النوع من عقود الصيانة يتضمن عقد إجارة كما في النوع الأول والثاني، ويتضمن عقد بيع للمواد من الصائن إلى صاحب الشيء المصون، فهو عقد اجتمع فيه عقدان: البيع

---

(١) ذكر قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤م هذه الأحكام في عقد المقاولة في المادة (٣٨١) والمادة (٣٨٤).

والإجارة، فهو صفقتان في صفقة، فهل يشمله النهي الوارد في حديث عبد الله بن مسعود عن أبيه قال: (نهى النبي ﷺ عن صفقتين في صفقة واحدة)[١]. وهل يتناول النهي كل ما يصدق عليه لفظ صفقتين في صفقة؟.

لفظ الحديث عام ولكن الفقهاء لم يأخذوا بهذا العموم، فالمالكية يمنعون الجمع بين عقدين بينهما تضاد، ولذلك منعوا الجمع بين البيع وأحد العقود الستة، وهي الجعالة، والمساقاة، والقراض، والصرف، والشركة، والنكاح[٢]، وجوزا الجمع بين البيع والإجارة. جاء في المدونة: (قلت): أرأيت إن استأجرت رجلاً على أن يبني لي داري على أن الجص والآجر من عند الأجير، (قال): لا بأس بذلك، (قلت): وهو قول مالك، (قال): نعم، (قلت): لم جوَّزه مالك، (قال): لأنها إجارة وشراء جص وآجر صفقة واحدة...[٣]، فتكييف هذا النوع من عقد الصيانة بالبيع والإجارة مقبول حسب مذهب المالكية.

ويجب إن أخذنا بهذا التكييف تحقق شروط كل من عقد البيع وعقد الإجارة في هذا النوع من عقد الصيانة. والأولى أن يوكل صاحب العمل الصائن بشرائها، فيكون تكييف العقد في هذه الصورة إجارة ووكالة بالشراء.

---

(١) رواه أحمد في مسنده ١/ ٣٩٨، مسند عبد الله بن مسعود، رقم٣٥٩٥، وأخرجه أيضاً البزار والطبراني في الكبير والأوسط، ولفظ الطبراني في الأوسط: قال رسول الله ﷺ: (لا تحل صفقتان في صفقة)، ولفظه في الكبير: (الصفقة بالصفقتين ربا) وهو موقوف: منتقى الأخبار مع شرحه نيل الأوطار: ٥/ ٢٤٨-٢٤٩.

وقال في مجمع الزوائد: رجال أحمد ثقات: ٤/ ٨٤، ولكن البزار أعل بعض طرقه، ورجح وقفه، وبالوقف رواه أبو نعيم وأبو عبيد القاسم بن سلام، فتح القدير: ٥/ ٢١٨.

(٢) الفروق للقرافي ٣/ ١٤٢.

(٣) المدونة الكبرى ١١/ ٥٥، وأنظر أيضاً: ١١/ ٤٥.

٤- **تكيف عقد الصيانة المشروط في عقد البيع على البائع:** قد يشتري شخص سلعة من السلع التي تحتاج إلى صيانة، ويشترط على بائعها أن يقوم بصيانتها مدة من الزمن، فيجتمع في العقد بيع وشرط، وقد ورد في هذا حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: (نهى رسول الله ﷺ عن بيع وشرط)[1]، وقد اختلف الفقهاء اختلافاً كبيراً في العمل بهذا الحديث، فأخذ به الحنفية والشافعية في الجملة، ولم يأخذ به الحنابلة، وأخذ به المالكية في موضعين، أحدهما الشرط الذي يناقض مقتضى العقد،والثاني الشرط الذي يعود بخلل في الثمن[2].

ومن الأمثلة التي يذكرها الفقهاء للبيع والشرط إذا ما اشترى شخص ثوباً على أن يخيطه البائع قميصاً:

قال الحنفية البيع فاسد، لأن الخياطة يقابلها شيء من الثمن، فهو شرط إجارة في بيع، فيكون من صفقتين في صفقة[3].

---

(١) أخرجه الطبراني في الأوسط (٤/ ٣٣٥) رقم (٤٣٦١)، والخطابي في معالم السنن (٣/ ١٢٤)، وأبو نعيم في مسند أبي حنيفة (ص١٦٠-١٦١)، والحاكم في معرفة علوم الحديث (ص١٢٨)، وابن حزم في المحلى (٨/ ٤١٥).. قال ابن قدامة المغني: «ولم يصح أن النبي نهى عن بيع وشرط» (ص٦/ ١٦٥-١٦٨،١٦٦)، وقال النووي في المجموع: «غريب» (٩/ ٣٦٨)، وقال ابن حجر في فتح الباري: «في إسناده مقال» (٥/ ٣٧١)، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد: «وفي طريق عبد الله بن عمرو مقال» (٤/ ٨٥)، وقال ابن تيمية في مجموع الفتاوى: «فإن هذا حديث باطل ليس في شيء من كتب المسلمين، وإنما يروى في حكاية منقطعة» (١٨/ ٦٣).

(٢) المبسوط ١٣/ ١٣، وبداية المجتهد ٢/ ١٦، والمهذب ١/ ٢٦٨، والشرح الكبير ٤/ ٤٩.

(٣) فتح القدير: ٥/ ٢٢١.

والبيع فاسد أيضاً عند الشافعية لحديث النهي عن بيع وشرط؛ ولأنه شرط ينافي مقتضى العقد(١).

والبيع جائز عند الحنابلة، قال ابن قدامة المقدسي: «ويصح أن يشترط المشتري نفع البائع مع المبيع، مثل أن يشتري ثوباً، ويشترط على بائعه خياطته قميصاً»(٢).

والعقد صحيح عند المالكية على أصل مذهبهم في جواز اجتماع البيع والإجارة.

وبناء على ما تقدم فإن هذا النوع الرابع من عقود الصيانة يكيف على أنه (بيع وشرط)، وهو جائز عند المالكية والحنابلة.

٥- تكييف عقد الصيانة المشروط في عقد الإجارة على المؤجر أو المستأجر: صيانة العين المؤجرة على المؤجر؛ لأنه هو المالك للعين، والمستأجر يملك المنفعة، وعلى مالك العين تمكينه من الانتفاع.

جاء في المدونة: «(قلت): أرأيت إن استأجرت داراً على مَن مرمّة الدار، وكنس الكنيف، وإصلاح ما بها من الجدران والبيوت، (قال): على رب الدار، (قلت): وهذا قول مالك؟ (قال): سألنا مالكاً عن الرجل يكتري الدار ويشترط عليه أنه إن انكسرت خشبة أو احتاجت الدار إلى مرمة يسيرة كان ذلك على المتكاري، (قال مالك): لا خير في ذلك إلا أن يشترط من كرائها، فهذا يدلك على أن المرمة كلها في قول مالك على رب الدار»(٣).

---

(١) المهذب: ١/ ٢٦٨، ونهاية المحتاج ٣/ ١٤٣.

(٢) الشرح الكبير ٤/ ٤٩.

(٣) المدونة: ١١/ ١٥١.

وجاء في المغني: «على المكري بناء حائط إن سقط وإبدال خشبة إن انكسرت، وعليه تبليط الحمام... وإن شرط هذا على المكتري فالشرط فاسد؛ لأن العين ملك للمؤجر فنفقتها عليه»[١].

٦- تكييف عقد الصيانة المشروط في عقد المقاولة على المقاول: إن عقد المقاولة هو عقد يتعهد فيه المقاول بصنع شيء أو أداء عمل، وإن عقد الصيانة يندرج في عقد المقاول؛ لأن الصائن يتعهد فيه بأداء عمل من نوع خاص، وقد يتعهد المقاول بصنع شيء ويلتزم بصيانته مدة من الزمن، فيجتمع عقد الصيانة والمقاولة في عقد واحد، كما لو تعهد مقاول بإقامة مصنع وتعهد أيضاً بصيانته لمدة عشر سنين.

تكييف هذه المعاملة هو أنها عقد إجارة على صناعة الشيء وصيانته إذا كانت المادة من صاحب العمل، وعقد إجارة وبيع إذا كانت المادة من المقاول، وكل هذا جائز شرعاً كما سبق إيضاحه.

والصيانة في العرف الهندسي المعاصر، ثلاثة أنواع: وقائية دورية، أو علاجية طارئة، أو صيانة شاملة للنوعين السابقين.

فالوقائية وتسمى أيضاً الدورية تنطوي على الكشف على الشيء دورياً للتأكد من أنه يعمل بصورة صحيحة، واكتشاف ما سيؤدي إلى الخلل وضبطه..الخ، بما يقلل وقوع الخلل، ويخفف تكاليف الإصلاح[٢].

والعلاجية، وتسمى أيضاً الطارئة، تشمل إصلاح الأعطال بعد وقوعها، وكلا النوعين ينطويان على تقديم المواد وقطع الغيار اللازمة. وهدف الصيانة هو استبقاء الشيء في حالة يؤدي فيها وظيفته بنجاعة خلال فترة زمنية مقبلة.

---

(١) المغني: ٥/ ٤٥٨.

(٢) عقود الصيانة وتكييفها الشرعي- الدكتور الزرقاء، والدكتور السويلم، ص١٩٢، نقلاً بتصرف من:
Garl Heyel, editor, The Encyclopedia of Management, 3rd ed, Van Nostrand N.Y, 1982,p59

الصلة ووجه الشبه ونقاط الفرق بين عقد الصيانة والعقود المشابهة الأخرى:

يكتنف عقد الصيانة أربعة عقود معروفة، يشبه كلاً منها في نواح ويخالفه في أخرى، هي عقود: الإجارة على عمل، والاستصناع، والجعالة، والتأمين على الأشياء.

عقد الصيانة مقارناً بالإجارة على عمل:

إن عقد الصيانة هو عقد على عمل، والصائن لا يضع نفسه تحت تصرف مالك الآلة مدة معينة ليقوم بالصيانة خلالها، لأنه عادة ليس أجيراً خاصاً، لكنه أجير عام (مشترك) يبيع عمله في الصيانة لجهات كثيرة[1]. إن عقد الصيانة هو عقد إجارة، وذلك من حيث تعريفه، ومن حيث تكوينه، إلا أن الإجارة تتميز عن الصيانة في أنها أكثر انضباطاً بالقواعد العامة لعقود المعاوضات. وأقل جهالة وغرراً[2]. ففي عقود الصيانة جهالة لمقدار العمل فيما يتصل بالصيانة الطارئة العلاجية، وهي جزء من عقود الصيانة في العادة. كما يكون فيها الالتزام بتقديم قطع التبديل من الصائن بالإضافة للعمل، ولهذه القطع قيمة ذات شأن في العادة. وجهالة مقدار العمل تدعو على النظر على وجوه الشبه بين الصيانة وعقود أخرى كالجعالة[3].

عقد الصيانة مقارناً بالجعالة:

إن أقوى وجه للشبه بين الجعالة والصيانة هو جهالة مقدار العمل، مع وجود غاية يطلب من العامل تحقيقها ليستحق الجعل (الأجرة)، وهي هنا سلامة الآلة بحيث تؤدي وظائفها المعتادة. ولو كان العقد ليس صيانة، بل إصلاحاً قد وقع فعلاً لتأكد شبهه بالجعالة، أما الصيانة فإن بينها وبين الجعالة فروقاً ثانوية، وأخرى جوهرية.

---

(١) عقود الصيانة وتكييفها الشرعي- الدكتور الزرقاء، والدكتور السويلم، ص١٩٥.

(٢) عقود الصيانة- الدكتور الكردي، ص١٩١.

(٣) عقود الصيانة وتكييفها الشرعي- الدكتور الزرقاء، والدكتور السويلم، ص١٩٥.

الفروق الثانوية التي لا تخل بمقصد شرعي:

(أ) منع تأقيت مدة العمل في الجعالة عند المالكية والشافعية، بينما الحنابلة يجيزون التأقيت «وهو موجود في عقود الصيانة دوماً»، وهو الأوجه، لأن فيه تقليلاً لجهالة العمل، وهذا حسن وليس مباحاً فقط[١].

(ب) عدم لزوم الجعالة عند المجيزين لها «إلا قولاً ضعيفاً عند المالكية باللزوم على الطرفين حتى قبل شروع العامل في العمل»[٢]، وعقود الصيانة لا مندوحة فيها عن اللزوم حتى قبل الشروع في العمل؛ لأن عدم اللزوم فيها ضار بالطرفين[٣].

الفروق الجوهرية:

(أ) شرط أن يكون مقصود الجاعل لا يتحقق إلا بتمام العمل. أما إن كان بعض العمل يفي ببعض غرض الجاعل، فإن العقد المناسب هنا هو الإجارة على عمل، وليس الجعالة، لأن مؤدى هذه أن لا يستحق العامل الجعل ولو أتم بعض العمل إذا لم ينجزه كله، مع أن الجاعل ينفع بهذا البعض، وفي هذا إجحاف دعا فقهاء المالكية إلى منع الجعالة في مثل هذه الحالات[٤].

وهذا الاجتهاد يحفظ مقصد العدالة والتوازن بين المتعاقدين. ومن الواضح أن رب الآلة ينتفع بقيام الصائن عليها بعض مدة العقد، ولا يصح القول بأن مقصوده لا يتحقق منه شيء إلا بتمام المدة كلها. وهذا يتنافى مع تكييف الصيانة على أنها جعالة.

---

(١) راجع: الموسوعة الفقهية: مادة (جعالة) ج١٥/ ٢١٠، ٢١٥، ٢١٦.

(٢) الموسوعة الفقهية ١٥/ ٢١١.

(٣) عقود الصيانة وتكييفها الشرعي - الدكتور الزرقاء، والدكتور السويلم، ص١٩٦

(٤) الجعالة وأحكامها، د. خالد رشيد الجميلي، ص٧٩-٨٣، حيث بين اشتراط المالكية في العمل محل الجعالة أن لا ينتفع به الجاعل إلا بتمامه، وهو يحيل في ذلك إلى مقدمات ابن رشد: ٢/ ٦٣٥-٦٣٦.

(ب) أن الزمن مقصود أصلي في عقد الصيانة، الذي يستهدف حفظ الآلة في حالة صالحة للعمل خلال فترة العقد. فالصيانة عقد زمني بلا ريب تتحقق المنفعة فيه آناً بعد آن، شأن إجارة الأعيان وإجارة الأبدان، أما الجعالة على وجهها المعتاد فهدفنا تحقيق نتيجة معينة، ولو أمكن للعمال تحقيق النتيجة في ساعة لكان هذا أنفع للجاعل مما لو حققها بعد شهر.

(جـ) أن صيانة الأعطال الطارئة يستحق الصائن فيها الأجرة ولو لم تطرأ أعطال خلال فترة العقد، فقعد الصيانة في هذا الجانب منه يشبه قول جاعل: «من التزم برد بعيري إذا شرد خلال العام القادم فله كذا، وله الجعل على التزامه هذا ولو لم يشرد البعير». وهذا أشبه بعقد التأمين على الأشياء منه بالجعالة[1].

ومن الباحثين الذين كيفوا عقد الصيانة بأنه عقد جعالة الدكتور أحمد الحجي الكردي، يقول: «الجعالة أقرب العقود قاطبة إلى عقد الصيانة مما يمكن معه إدخالها فيها، وترتب شروطها وأحكامها على وفقها»[2].

عقد الصيانة مقارناً بالتأمين على الأشياء:

عقد التأمين: هو عقد يلتزم فيه المستأمن (طالب التأمين) بدفع مبلغ معين، لقاء التزام المؤمن بدفع تعويض عن الضرر الذي قد يلحق بالمستأمن إذا وقع الخطر المؤمن ضده خلال فترة زمنية محددة. والصيانة العلاجية الطارئة (غير الدورية) تشبه عقد التأمين المذكور، سوى أن الصائن لا يلتزم عادة تقديم مبلغ مالي يعوض رب الآلة عن الضرر الناجم عن العطل الطارئ، بل يلتزم إصلاح العطل، وتبديل القطع التالفة حيثما لزم ذلك.

---

(١) عقود الصيانة وتكييفها الشرعي - الدكتور الزرقاء، والدكتور السويلم: ص١٩٦ - ١٩٧

(٢) بحث مقدم للندوة الفقهية الرابعة بيت التمويل الكويتي، شوال ١٤١٤هـ، ومنشور في مجلة الاقتصاد الإسلامي، العدد ١٨٤، ص١٩٦، السنة السادسة عشرة ربيع الأول ١٤١٧هـ يوليو ١٩٩٦م.

ولو تمخضت الصيانة بحيث تكون علاجية طارئة فقط لا تشمل الصيانة الدورية، وكانت مستقلة تماماً عن عقد بيع الأصل المراد صيانته، لزاد شبهها بالتأمين.

نتيجة: إذا انفرد عقد الصيانة وحده، وكان محصوراً بالصيانة الطارئة فقط دون الدورية الوقائية، فإنه يشبه عقد التأمين على الأشياء، ويجري فيه الخلاف الفقهي المعاصر في التأمين.

على أن الغالب على عقود الصيانة أن تشمل الصيانة الدورية الوقائية أيضاً، وهذه لا تشبه التأمين في شيء، كما أن وجودها في العقد يخل بشرط فني جوهري في التأمين وهو أن لا يتعلق وقوع الحادث الضار بإرادة المؤمن ولا المستأمن. بينما الصيانة الدورية التي يؤديها الصائن تستهدف صراحة تقليل احتمال الحاجة إلى الصيانة الطارئة، وتقليل تكاليفها[1].

عقد الصيانة مقارناً بالاستصناع:

بين الصيانة والاستصناع بعض جوانب الشبه، فالاستصناع عند من يميزونه من السلم (وهم الحنفية) يتنازعه تكييفان: أحدهما أن محله هو العمل[2]، واتفقوا على أن مادة المصنوع (أو مواده) يقدمها الصانع في عقد الاستصناع، والمستأجر في الإجارة على عمل. وعليه فإن عقد الصيانة يشبه الاستصناع في هاتين النقطتين، لأن الصائن يقدم العمل والمواد وقطع الغيار، كما يشبهه في أن الثمن فيهما قد يكون معجلاً أو مؤجلاً أو منجماً على أقساط (بينما اتفقوا في الجعالة على أن الجعل لا يستحق إلا بتمام العمل).

ومن جوانب الاختلاف أن الصيانة عقد زمني وليس كذلك الاستصناع. كما أنه في الصيانة الطارئة تستحق الأجرة ولو لم تطرأ أعطال تقتضي عملاً، بينما الاستصناع - على تكييفه بأنه عقد على عمل - لابد فيه من العمل[3].

---

(١) عقود الصيانة وتكييفها الشرعي - الدكتور الزرقاء، والدكتور السويلم، ص١٩٧-١٩٩.

(٢) والتكييف الثاني، وهو الأشهر، أنه محله هو المصنوع (الموصوف في الذمة).

(٣) عقود الصيانة وتكييفها الشرعي - الدكتور الزرقاء، والدكتور السويلم: ص١٩٩.

ويبدو في ضوء مقارنة الصيانة بالعقود الأربعة القريبة منها، أنها لا تشبه أياً منها تمام الشبه، فيصعب من ثم تطبيق جميع أحكام أحد هذه العقود على الصيانة. والصحيح هو أن عقد الصيانة من العقود المستحدثة التي لها خصوصيات تجعلها متميزة عن العقود الأخرى. فهذا العقد بهذه الصورة ليس بيعاً ولا إجارة ولا غيرهما، وإنما هو عقد مستقل له كيانه الخاص وشروطه وآثاره الخاصة به، ولا ينبغي صهره في بوتقة عقد آخر. وهذه الخصوصيات هي:

١ - محل العقد عمل بعضه وهو الصيانة الدورية، معلوم؛ وبعضه وهو الصيانة الطارئة، مجهول، لكنه مقدر بغاية محددة، هي استبقاء الشيء في حالة يؤدي فيها وظيفته المعتادة.

٢ - يقدم الصائن عادة المواد وقطع التبديل. (وهذا خلاف الأصل في الجعالة وإجارة الأبدان، ووفق الأصل في الاستصناع). وقد يتفق على أن يوفر رب الآلة المواد وقطع التبديل، أو يوكل الصائن بشرائها.

٣ - يستحق الصائن الأجرة، طالما حقق غاية العقد والتزم شروطه، بصرف النظر عن ظهور حاجة إلى صيانة طارئة وعن مقدارها. (وهذا يشبه جهالة العمل في الجعالة وتحديد غاية يُستحق الجعل ببلوغها، بصرف النظر عن مقدار العمل).

٤ - يجوز أن تعجل الأجرة أو تؤجل أو تُنجم بحسب الاتفاق (وهذا خلاف الجعالة، ووفاق إجارة الأبدان والاستصناع عند الحنفية).

٥ - العقد لازم للطرفين ما لم يشترط الخيار (وهذا موافق لإجارة الأبدان والأعيان، وخلاف الأصل في الجعالة والاستصناع).

٦ - والصيانة عقد زمني كالإجارة لابد فيه من تحديد المدة (بخلاف الجعالة عند المالكية والشافعية)[١].

---

(١) عقود الصيانة وتكييفها الشرعي - الدكتور الزرقاء، والدكتور السويلم: ص٢٠٠.

شروط عقد الصيانة:

١ - أن يكون كل من العاقدين كامل الأهلية، وذلك لأنه عقد معاوضة، وهذه شروطها.

٢ - أن يكون العمل المتفق عليه مشروعاً غير محرم في الشريعة الإسلامية، ولا القوانين الوضعية النافذة، فلا يجوز التعاقد على صيانة مصانع الخمور، وأجهزة دور اللهو والقمار، لأن ذلك شرط العقود كلها.

٣- أن يكون الصانع مؤهلاً وقادراً على القيام بالعمل المتفق عليه عند التعاقد بنفسه، أو بعماله القائمين عند التعاقد على الصيانة.

٤ - أن يكون العمل المتفق عليه في الصيانة معلوماً عند التعاقد، وخالياً عن الجهالة الفاحشة المفضية للنزاع، أما الجهالة القليلة فلا تؤثر فيه، وللحاجة الماسة إليها[1].

الحاجة إلى عقود الصيانة:

مع التقدم الحضاري تقدم الفن الصناعي وتعقد الآلات والأجهزة ظهرت مصالح جديدة لطرفي العقد في بيوع الآلات والأجهزة. أهم هذه المصالح ما يلي:

١ - مصلحة طرفي العقد (والمصلحة العامة أيضاً) في استقرار العقود والتقليل من حالات الرجوع فيها بالرد بالعيب.

٢ - مصلحة الصانع (البائع) في التخفيف من آثار أي عيب خفي في الآلة قد تؤدي إلى تحميله مسؤولية تعاقدية تجاه المشتري، أو تقصيرية تجاه المشتري، وغيره ممن يتصل بالآلة التي صنعها وباعها.

٣- مصلحة الصانع بالاحتفاظ بأسرار آلته دون أن تصل إلى منافسيه.

---

(١) عقود الصيانة- الدكتور الكردي: ص١٩٤.

٤- مصلحة الصانع في تحسين سمعته وتعظيم مبيعاته وأرباحه بإظهار أن سلعته (خدمته) ذات جودة عالية، وأنه مستعد دائماً لدعم كفاءتها وإنجازها. لذلك فهو يلتزم بإصلاح ما قد يطرأ عليها من خلل.

٥- مصلحة المشتري في التقليل من آثار تعطل الآلة عن تقديم المنافع المرجوة منها إلى أدنى حد ممكن، مما يجعله يحرص على الإصلاح السريع كلما دعت الحاجة[1].

«وعقد الصيانة تابع لدخول الآلة في الإنتاج ولاعتماد الآلة على الطاقة المحركة لدواليبها. وللتسلسل الرابط بين أجزاء الآلة، ثم لدخول عامل جديد هو الإلكترونيك في الضبط والدقة والتسيير. وهذه كلها آليات الإنتاج المعاصر، أثرت في حياة الإنسانية بظهور الثورة الصناعية وما تبعها إلى عصر الكمبيوتر وكوامنه الدقيقة.

ثم إن هذه الثورة الصناعية دخلت بالعالم في منافسة قوية جداً فرضت فيما فرضت على المنتجين أن يحسبوا كل تكاليف الإنتاج وأن يعملوا جاهدين على الضغط عليها إلى أدنى مستوى ممكن، ليتمكنوا من المنافسة وتثبيت أقدامهم في السوق بأحد عوامل الفوز الذي هو انخفاض ثمن السلعة المنتجة والجودة خاصة في المظهر.

وارتبط بذلك أن الآلة التي تقوم بالإنتاج يوزع ثمنها على المنتوج. فإذا تعطلت أو لم يتحقق في الواقع العملي طاقتها الإنتاجية انعكس ذلك على ثمن المنتَج وأفلس المشروع.

كما أن الآلة قد يلحق الخلل بعض أجزائها، وحسب طبيعتها فإن الخلل مؤذن بالتوقف الكامل، أو ضعف الإنتاج، أو عدم جودته وكل ذلك مفض حتماً إلى إفلاس المشروع.

ولذا كان من المحتم على الباعث للمشروع الاقتصادي أن يعمل على قيام الآلة بوظائفها في جميع أجزائها. وأن يسرع إلى تلافي ما أصاب التجهيزات.

---

(١) عقود الصيانة: بحث للدكتور منذر قحف (مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة (١١)، العدد (١١)، ج٢/ ص١٦٠،١٥٩، لعام ١٤١٩هـ/ ١٩٩٨م).

لذا فرضت المسيرة الاقتصادية أن يتخصص قسم من المسهمين في مجال الاقتصاد بتوفير الخدمات المطلوبة حسب القواعد الفنية لسير المعامل والآلات بكفاءة في سرعة الإنجاز ودقته عند تعويض الأجزاء التالفة أو المتآكلة بغيرها، وكذلك الاحتياطات الدورية لدوام عمل الآلة والأجهزة فيكون عقد الصيانة هو عقد يلتزم الخبير الفني بالقيام على الآلات والتجهيزات في مدة محددة، قياماً يحقق أداءها لوظائفها بكفاءة ويلتزم فيه صاحبها بدفع ما اتفقا عليه إن لم تكن ملتزمة من البائع.

ولا تقتصر الحاجة للصيانة على المعامل الآلية ولكن يدخل ضمنها الطائرات وأجهزة الحاسوب والتجهيزات الكهربائية، وأجهزة الكشف بالأشعة وأجهزة إنعاش من بلغ مرحلة الخطر لمساعدته على تجاوز فترة الأزمة، وإجراء العمليات الجراحية، وكل ذلك لابد من القيام على المزود بالتيار الكهربائي وعلى تلافي حصول الخلل في التجهيزات الإلكترونية المعقدة.

هذه بعض الصور التي تكشف عن الحاجة إلى صيانة المعدات والأجهزة والآلات»[1]، وعن أهمية الصيانة في الحياة.

وقد ناقش مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورة انعقاد مؤتمره الحادي عشر بالمنامة في دولة البحرين، من ٢٥-٣٠ رجب ١٤١٩هـ (١٤-١٩ نوفمبر ١٩٩٨م). وأصدر قراره رقم٩٤(٦/ ١١) حول موضوع عقد الصيانة **وهذا نصه:**

أولاً: عقد الصيانة هو عقد مستحدث مستقل تنطبق عليه الأحكام العامة للعقود، ويختلف تكييفه وحكمه باختلاف صوره، وهو في حقيقته عقد معاوضة يترتب عليه

---

(١) عقود الصيانة وتكييفها الشرعي- محمد المختار السلامي، ص٢٢٧-٢٢٩، (بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي، منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، د١١، ع١١، ج٢، ١٤١٩هـ/ ١٩٩٨م)

التزام طرف بفحص وإصلاح ما تحتاجه آلة أو أي شيء آخر من إصلاحات دورية أو طارئة لمدة معلومة في مقابل عوض معلوم. وقد يلتزم فيه الصائن بالعمل وحده أو بالعمل والمواد.

ثانياً: عقد الصيانة له صور كثيرة، منها ما تبين حكمه، وهي:

١ - عقد صيانة غير مقترن بعقد آخر يلتزم فيه الصائن بتقديم العمل فقط، أو مع تقديم مواد يسيرة لا يعتبر العاقدان لها حساباً في العادة.

هذا العقد يُكيّف على أنه عقد إجارة على عمل، وهو عقد جائز شرعا، بشرط أن يكون العمل معلوماً والأجر معلوماً.

٢ - عقد صيانة غير مقترن بعقد آخر يلتزم فيه الصائن تقديم العمل، ويلتزم المالك بتقديم المواد.

٣- الصيانة المشروطة في عقد البيع على البائع لمدة معلومة.

هذا عقد اجتمع فيه بيع وشرط، وهو جائز سواء أكانت الصيانة من غير تقديم المواد أو مع تقديمها.

٤ - الصيانة المشروطة في عقد الإجارة على المؤجر أو المستأجر.

هذا عقد اجتمع فيه إجارة وشرط، وحكم هذه الصورة أن الصيانة إذا كانت من النوع الذي يتوقف عليه استيفاء المنفعة فإنها تلزم مالك العين المؤجرة من غير شرط، ولا يجوز اشتراطها على المستأجَر، أما الصيانة التي لا يتوقف عليها استيفاء المنفعة، فيجوز اشتراطها على أي من المؤجر أو المستأجر إذا عينت تعييناً نافياً للجهالة.

ثالثاً: يشترط في جميع الصور أن تعين الصيانة تعييناً نافياً للجهالة المؤدية إلى النزاع، وكذلك تبيين المواد إذا كانت على الصائن، كما يشترط تحديد الأجرة في جميع الحالات.

المسألة الثانية: الإجارة المنتهية بالتمليك:

تعريف الإجارة المنتهية بالتمليك:

قد يصعب وضع تعريف محدد للإجارة المنتهية بالتمليك قبل التعرف على صورها، فهي من جهة إجارة ينطبق عليها تعريف الإجارة المذكور، ولكن فيها تخصيص أضيق، لأنه يقصد منها أن يشتمل مجموع الأجرة خلال مدة العقد على ما يفي بسداد ثمن العين المؤجرة مع العائد الإيجاري المرغوب به، فحقيقتها أنها - في جميع صورها - إجارة وشراء معاً، مهما كان الشكل التعاقدي الذي يتخذه نقل الملكية، سواء أكان ذلك عند انتهاء مدة الإجارة، أم تنجيماً على أسهم أثناء مدة العقد.

وهي من المعاملات التي ظهرت حديثاً في المجتمعات الغربية، ثم انتقلت إلى البلاد الإسلامية. وقد تحدث عنها علماء القانون بالبحث والدراسة منذ عرفت صيغة البيع الإيجاري المقابل للإجارة المنتهية بالتمليك، وتكلموا عن نشأتها وتطورها.

وقد عرف علماء القانون الإجارة المنتهية بالتمليك بتعاريف كثيرة منها:

١ - يصف المتعاقدان عقداً بأنه إيجار ويتفقان على أن يقوم المستأجر في هذه الحالة بدفع أجرة لمدة معينة ينقلب العقد بعدها بيعاً، وتعتبر الأجرة التي دفعت على أقساط ثمناً للبيع(١).

٢ - هي عقد إيجار مقرون بوعد للبيع، يقوم بموجبه أحد المتعاقدين بإيجار شيء لمدة معينة يكون للمستأجر عند انقضائها خيار شرائها بسعر معين(٢).

٣- عقد بمقتضاه يعد المالك شخصاً بأن يبيعه شيئاً في المستقبل متى وفَّى بكل الثمن، مع تخويل هذا الشخص حق الانتفاع بالشيء بمجرد العقد باعتباره مستأجراً مقابل

---

(١) الوسيط في شرح القانون المدني مادة (٤)، لعبد الرزاق السنهوري ١/ ١٧٧.

(٢) العقود الشائعة والمسماة، د. جاك الحكيم، ص٢١٩، وعقد البيع والمقايضة، د. توفيق حسن فرج، ص٤٣.

الأجرة المتمثلة في الأقساط التي يدفعها الأخير من الثمن، وينبني على ذلك أن يتراخى انتقال ملكية الشيء إلى المستأجر إلى وقت وفاء القسط الأخير من الثمن[١].

تعريف الإجارة المنتهية بالتمليك في ضوء الفقه الإسلامي:

تكلم بعضُ الفقهاء المعاصرين[٢] عن الإجارة المنتهية بالتمليك في عدة ابحاث قدمت إلى مجمع الفقه الإسلامي.

يقول الدكتور القرة داغي: «يقصد بالإيجار المنتهي بالتمليك في الفقه الإسلامي: اتفاقية إيجار يلتزم فيها المستأجر بشراء الشيء المؤجر في الوقت المتفق عليه خلال مدة الإيجار أو بعدها بسعر يتفق عليه مسبقاً أو فيما بعد»[٣].

صور الإيجار المنتهي بالتمليك في الفقه الإسلامي:

للإيجار المنتهي بالتمليك عدة صور في الحياة العملية، نكتفي منها بثلاثة نماذج: البيع الإيجاري، والإيجار المقترن بوعد بالبيع، والتمويل الإيجاري.

(أ) البيع الإيجاري[٤]:

تتلخص فكرة (البيع الإيجاري) في التعاقد على شيء، يتفق الطرفان على أنه مؤجر لمدة معلومة لقاء أجر دوري محدد، بحيث إذا دفع المستأجر هذا الأجر كله أصبح الشيء مملوكاً

---

(١) العقود التجارية في القانون الكويتي والمصري المقارن، د. حسني المصري، ص١٠٠.

(٢) ومنهم د. حسن الشاذلي، والشيخ عبد الله بن بيه، و د. عبد الله محمد عبد الله، انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد (٥) ١٤٠٩هـ، ٤/ ٢٦٢١. ود. منذر قحف، انظر: (مجلة مجمع الفقه الإسلامي: ص٣٥٨، العدد ١٢، الجزء الأول، ١٤٢١هـ/ ٢٠٠٠م).

(٣) الإجارة وتطبيقاتها المعاصرة (الإيجار المنتهي بالتمليك) دراسة فقهية مقارنة، د. علي محيي الدين القرة داغي، بحث في مجلة مجمع الفقه الإسلامي: ص٤٩٠، الدورة ١٢، العدد ١٢، الجزء الأول، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.

(٤) البيع بالتقسيط: إبراهيم أبو الليل: ص٣٠٣-٣١٠.

له في نهاية المدة، أما إذا أخل بشروط التعاقد فإن العقد ينفسخ، ويعود الشيء إلى المؤجر، ولا يسترد المستأجر شيئاً مما دفعه.

(ب) الإيجار المقترن بوعد بالبيع[1]:

لتنظيم العلاقة بين المتعاقدين، أنشأ المشرع عقداً جديداً أسماه - الإيجار المقترن بوعد بالبيع -، وهو العقد الذي تتوافر فيه ثلاثة عناصر:

١- وعد بالبيع يلتزم به (المؤجر - المالك) لصالح (المستأجر - المتملك) إذا أبدى هذا الأخير رغبته في شراء العقار خلال مدة معينة.

٢- الانتفاع بالعقار - مقابل عوض - لمدة سابقة على انتقال الملكية.

٣- الوفاء - حتى وقت مزاولة حق الخيار - بالأجرة ومقابل (الحق الشخصي لنقل ملكية المال).

فإذا تخلف أحد هذه العناصر الثلاثة، فإن العقد يعتبر مجرد بيع إيجاري، أو إيجاراً مقترناً بوعد بالتمليك، أما إذا توافرت هذه العناصر الثلاثة فإنه يمنح (للمستأجر - المشتري) سلطة إدارة العقار طوال مدة الانتفاع، وإذا لم يبد رغبته في شرائه خلال المدة المعينة يلتزم (المؤجر - البائع) برد المبالغ المستحقة له، ولا يحتفظ إلا بتعويض يساوي ١٪ من ثمن المبيع[2].

(ج) التمويل الإيجاري[3]:

تتلخص فكرة هذا العقد في وجود علاقة ذات أطراف ثلاثة:

* **الطرف الأول** يسعى لاستئجار معدات وتجهيزات وآلات وعقارات لاستخدامها في مشروع إنتاجي.

---

(١) البيع بالتقسيط: إبراهيم أبو الليل: ص٢٨-٣١.

(٢) وقد يصل في بعض الحالات الاستثنائية إلى (٣٪).

(٣) البيع بالتقسيط، إبراهيم أبو الليل: ص٣١٧-٣٢٤.

* والطرف الثاني يتمثل في الشركة المتخصصة في إنتاج وبيع هذه الأجهزة.

* **أما الطرف الثالث** فهو مؤسسة ائتمان لتمويل المشروعات، تشتري هذه الأجهزة أو العقارات من الشركات المتخصصة، وتؤجرها لصاحب المشروع الإنتاجي لمدة تقارب العمر الافتراضي لهذه الأجهزة بأجر مرتفع يضمن لها استرداد ثمن الأجهزة أو العقارات مع هامش ربح مناسب، وبانتهاء مدة الإيجار يستطيع المستأجر: إما إنهاء العقد وردّ الأشياء المؤجرة، وإما تملك العقار والأجهزة، نتيجة وعد انفرادي سابق وبثمن غالبا ما يتفق عليه عند بداية التعاقد، وإما تجديد عقد الإيجار لمدة أخرى بأجر أقل[1].

فوائد هذا العقد ومقاصده، ووجه المصلحة المرسلة فيه:

للإجارة المنتهية بالتمليك فوائد ومقاصد قد لا تتحقق بغيرها من العقود القريبة منها مثل البيع، أو حتى البيع بالتقسيط، وذلك لأن البيع بجميع صوره يقتضي نقل ملكية المبيع إلى المشتري، في حين أن البنك - مثلاً - قد لا يريد ذلك حفاظاً على حقه في العين المؤجرة بحيث إذا لم يتمكن المستأجر من دفع الإجارة، فإن ملكيتها لم تنتقل إلى أحد، وحقه محفوظ، إضافة إلى أن البنك يريد أن يكون له مرونة في زيادة أرباحه ولا سيما في مثل العقود طويلة الأجل، أو أن المتعامل معه يخاف على هبوط الأرباح عن معيار (لايبور) فيعطي له عقد الإجارة المنتهية بالتمليك مرونة لا تتوافر في البيع بالتقسيط الذي يُقسط الثمن على فترات محددة لا يجوز له أن يزيد شيئا، أو ينقص، إضافة إلى أمور أخرى تعود إلى الضمانات ونقل الملكية.

ومن جانب آخر فقد تشتري بعض الشركات سيارات - مثلاً - للأجرة ثم تتعاقد مع السائقين بأجور شهرية لها، مع وعد بأنها بعد عشر سنوات - مثلاً - تهبها لهم، أو تبيعها

---

(١) البيع بالتقسيط: إبراهيم أبو الليل: ص٣٤/ ٣٥، والمراجع التي أشار إليها.

لهم بسعر رمزي، فالشركة تستفيد من الأجرة والسائق يستفيد مرتين: مرة من خلال ما يوفره للإنفاق على نفسه وعلى أسرته، ومرة أخرى حيث تعود إليه ملكية السيارة، وحينئذ يحافظ عليها أكثر مما لو كان أجيراً، وهكذا الأمر في الدور والمساكن، في حين أن المستأجر ليس لديه المال الكافي للشراء، وبذلك تتحقق أهداف اجتماعية وتنمية اقتصادية جيدة، فالإيجار المنتهي بالتمليك يفيد صغار الموظفين، وقليلي الدخول والمرتبات حيث لا يمكنهم شراء الدور، أو الشقق بسبب عدم الوفر، فيلجأون إلى الإيجار المنتهي بالتمليك الذي يحافظ أيضاً على حقوق البنوك أو الشركات، كما يفيد أصحاب المصانع والشركات الذين ليس لديهم السيولة الكافية، فيكون الأمثل للطرفين، هو الإيجار المنتهي بالتمليك.

الحكم الشرعي للإيجار المنتهي بالتمليك:

القاعدة الفقهية التي يمكن تكييف صور هذا العقد على أساسها أن «العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني»[1]. بمعنى أنه ينبغي استقراء ملابسات التعاقد للوصول إلى النية المشتركة لطرفيه، فإذا كشفت هذه النية عن عقد بيع بالتقسيط عد العقد بيعاً ولو سماه المتعاقدان إجارة. وبناءً على ذلك:

(أ) **البيع الإيجاري**: الذي يتفق فيه الطرفان على أن الشيء المؤجر لمدة معلومة لقاء أجر دوري محدد، بحيث إن المستأجر إذا دفع الأجرة كلها يصبح مالكاً له في نهاية المدة، يعتبر بيعاً ساتراً لعقد إيجار، وتعتبر (الأجرة) ثمناً للمبيع يدفع على أقساط محددة. ويترتب على هذا التكييف الفقهي للعقد انتقال ملكية الشيء من (المؤجر - البائع) إلى (المستأجر -

---

(١) المادة (٣) من مجلة الأحكام العدلية، والمادة (٢١٤/ ١) من القانون المدني الأردني. انظر في شرحها بصفة خاصة: أحمد الزرقاء، شرح القواعد الفقهية، ط٣، دار القلم، دمشق، ١٤١٤هـ-١٩٩٣م، من ص٥٥ إلى ص٧٨.

المشتري) بمجرد العقد - على رأي جمهور الفقهاء -؛ لأن حكم العقد ثبت بجعل الشارع ولا دخل لإرادة العاقدين في تعديله(١).

(ب) **الإيجار المقترن بوعد بالبيع**: يلزم المؤجر بتمليك العين للمستأجر إذا رغب في ذلك خلال فترة محددة، يمكن تكييفه على أنه عقد بيع بالتقسيط، إذا ثبت أن الأقساط المدفوعة لا تتناسب وأجر المثل وكانت نية الطرفين منصرفة إلى انتقال الملكية إلى المستأجر بأثر رجعي. أما إذا كانت الأقساط المدفوعة تتناسب وأجر المثل وكانت نية الطرفين منصرفة إلى انتقال الملكية للمستأجر بعد انتهاء الإيجار، فإنه يكون عقد إيجار مصحوب بوعد بالبيع، وهذا الوعد لا يلزم البائع قضاء - على رأي الجمهور - ولكن يستحب الوفاء به.

أما على رأي ابن شبرمة، الذي يرى أن «الوعد كله لازم ويُقضى به على الواعد ويجبر»(٢)، فإن عقد الإيجار يستمر حتى نهاية مدته، ثم يبدأ عقد بيع بالشروط التي تضمنها الوعد(٣).

(جـ) **التمويل الإيجاري**: يمكن تكييفه، من حيث العلاقة بين مؤسسة الائتمان المالكة للأشياء المؤجرة والمستأجر صاحب المشروع الإنتاجي، بأنه عقد إيجار يتضمن

---

(١) فتح القدير لابن الهمام ٦/ ٧٦-٧٧، والدسوقي والدردير ٣/ ٧٣، و مغني المحتاج للشربيني ٢/ ٣٤، وكشاف القناع للبهوتي ٣/ ١٨٨.

(٢) المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة في تعليقها على المادة (١٣٣).

(٣) ويرى بعض العلماء عدم جواز البيع إذا كان الوعد ملزما، لأن الوعد الملزم في حكم العقد، لابد فيه من أن يكون الثمن معلوما (رفيق المصري، بيع التقسيط، ص٢٩). ويرى البعض الآخر أن الوعد غير ملزم في كافة الأحوال (محمد الأشقر، ضمن بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، دار النفائس - عمان، ١٤١٨هـ-١٩٩٨م، ص٧٥ وما بعدها).

كثيرا من الشروط غير المألوفة في الإيجارات ولكن ارتضاها الطرفان ليحقق كل منهما منفعة مشروعة، وخاصة أن المستأجر لا يلتزم بشيء بعد انتهاء مدة الإجارة، بل هو مخير بين رد ما استأجره إلى مؤسسة الائتمان لتؤجره لآخرين أو لتبيعه، أو تجديد عقد الإيجار لمدة أخرى بشروط جديدة، أو تملك الأشياء المستأجرة نتيجة وعد سابق التزمت به المؤسسة المالكة وتحددت شروطه من قبل، ويكون انتقال الملكية بدون أثر رجعي(١).

أما حقيقة هذا العقد من الناحية الاقتصادية فإنها تتمثل في أن الشركات الخاصة بإنتاج وبيع هذه الأجهزة أو ملاك العقارات، يبيعونها لصاحب المشروع الإنتاجي بالتقسيط، وتقوم مؤسسة الائتمان المالي بدفع ثمنها واعتباره قرضا، على أن تمثل تلك الأجهزة أو العقارات تأمينات عينية لصالح هذه المؤسسة، إلى أن يتم سداد القرض.

وقد لجأت بعض البنوك الإسلامية إلى (حيلة شرعية) تسوغ بها جواز عمليات (التأجير المنتهي بالتمليك) فقالت: إذا وقع التعاقد بين مالك ومستأجر على أن ينتفع المستأجر بمحل العقد بأجرة محددة بأقساط موزعة على مدد معلومة، على أن ينتهي هذا العقد بملك المستأجر للمحل، فإن هذا العقد يصح إذا روعي فيه ما يأتي:

(أ) ضبط مدة الإجارة، وتطبيق أحكامها طيلة تلك المدة.

(ب) تحديد مبلغ كل قسط من أقساط الأجرة.

---

(١) وهناك رأي آخر لا يجيز هذا العقد، لأنه يتضمن وعداً بالإجارة قبل أن تعقد ووعداً آخر بالبيع في نهاية الإجارة، وفي كل من الحالتين يكون الوعد ملزما (رفيق المصري، بيع التقسيط، دمشق-بيروت ١٤١٠هـ-١٩٩٠م، ص٣١).

(جـ) نقل الملكية إلى المستأجر في نهاية المدة بواسطة هبتها إليه، تنفيذا لوعد سابق بذلك بين المالك والمستأجر[1].

وقد ناقش مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الثانية عشرة بالرياض في المملكة العربية السعودية، من ٢٥ جمادى الآخرة ١٤٢١هـ إلى غرة رجب ١٤٢١هـ (٢٣-٢٨ سبتمبر ٢٠٠٠م) **موضوع الإيجار المنتهي بالتمليك**، وأصدر قراره رقم: ١١٠ (٤/ ١٢) **ونص فيه:**

الإيجار المنتهي بالتمليك:

أولاً- ضابط الصورة الجائزة والممنوعة ما يلي:

(أ) ضابط المنع: أن يرد عقدان مختلفان، في وقت واحد، على عين واحدة، في زمن واحد.

(ب) ضابط الجواز:

١- وجود عقدين منفصلين يستقل كل منهما عن الآخر، زماناً، بحيث يكون إبرام عقد البيع بعد عقد الإجارة، أو وجود وعد بالتمليك في نهاية مدة الإجارة، والخيار يوازي الوعد في الأحكام.

٢- أن تكون الإجارة فعلية وليست ساترة للبيع.

٣- أن يكون ضمان العين المؤجرة على المالك لا على المستأجر، وبذلك يتحمل المؤجر ما يلحق العين من ضرر غير ناشئ من تعدي المستأجر أو تفريطه، ولا يلزم المستأجر بشيء إذا فاتت المنفعة.

---

(١) توصيات وفتاوى الندوة الفقهية الأولى لبيت التمويل الكويتي، الكويت ١٤٠٧هـ-١٩٨٧م، ص١٣؛ وانظر نقد هذه الحيلة في: بيع التقسيط لرفيق المصري، ص٣٩، وقارن: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس: ٤/ ٢٥٨٩-٢٧٦٤، ١٤٠٩هـ-١٩٨٨م.

٤- إذا اشتمل العقد على تأمين العين المؤجرة فيجب أن يكون التأمين تعاونياً إسلامياً لا تجارياً ويتحمله المالك المؤجر وليس المستأجر.

٥- يجب أن تطبق على عقد الإجارة المنتهية بالتمليك أحكام الإجارة طوال مدة الإجارة وأحكام البيع عند تملك العين.

٦- تكون نفقات الصيانة التشغيلية على المؤجر لا على المستأجر طوال مدة الإجارة[1].

❁ ❁ ❁

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية عشرة، العدد الثاني عشر، الجزء الأول، ١٤٢١هـ/ ٢٠٠٠م، ص٦٩٧-٦٩٨.



الفصل الثالث

أثر المصلحة المرسلة في عقود التوثيقات

ويشتمل على مدخل ومبحثين:

المبحث الأول: أثر المصلحة المرسلة في الرهن.

المبحث الثاني: أثر المصلحة المرسلة في الكفالة.

مدخل

عقود التوثيقات: مثل الكفالة والرهن[١].

وعُرِفت بأنها: العقود المقصود منها ضمان الدين مثل الرهن والكفالة[٢].

ونشرع في تفصيل هذا الفصل في مبحثين:

المبحث الأول: أثر المصلحة المرسلة في بيع الرهن.

المبحث الثاني: أثر المصلحة المرسلة في الكفالة.

---

(١) انظر: الالتزامات في الشرع الإسلامي: أحمد إبراهيم بك: ص٥١، والتصرفات والوقائع الشرعية: د. محمد زكي عبد البر: ص٩٣، وأضاف إليها «الحوالة».

(٢) الجهالة وأثرها في عقود المعاوضات: د. عبد الله علي محمود الصيفي: ص٢١.

المبحث الأول

أثر المصلحة المرسلة في بيع الرهن

وفيه مطلبان:

المطلب الأول

تعريف الرهن وأركانه

أولاً: تعريف الرهن لغة واصطلاحاً:

(أ) الرهن في اللغة:

الرهن: «ما وُضِعَ عند الإنسان، مما يَنُوب مَنَابَ ما أُخِذَ منه»[(١)]. و الرهن ما يوضع وثيقة للدين[(٢)].

وهو أيضاً بمعنى الاستقرار والحبس، فكل ما احتبس به شيء فرهينة ومرتهنة، كما أن الإنسان رهين عمله، لقوله ﷻ: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾[(٣)].

والرهن تجمع على: رِهَان: مثل سهم وسهام، وعلى: رُهُونٍ مثل: فَلْسٍ وفُلُوس[(٤)].

والرهن مصدر: وهو يطلق على الشيء المرهون، فيقال عن المدفوع رهناً: (رهن ومرهون). ودافع الرهن (رَاهِنْ)، وآخذ الرهن (مُرْتَهِنْ)، فيقال: ارتهن منه الشيء: أخذه منه رهناً، ورهنته المتاع بالدين رهناً: حبسته به فهو مرهون.

وتراهن القوم: أخرج كل واحد رهناً، ليفوز السابق بالجميع إذا غلب[(٥)].

---

(١) لسان العرب: ١٧/ ٤٨.

(٢) تاج العروس من جواهر القاموس: ٩/ ٢٢١.

(٣) سورة المدثر، الآية [٣٨].

(٤) الصحاح في اللغة والعلوم: للجوهري: ص٥١٦.

(٥) القاموس المحيط: ٤/ ٢٣١، ٢٣٢.

(ب) الرهن في الاصطلاح:

أولاً: الحنفية: عرفوه بأنه: « جعل الشيء محبوساً بحيث، يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون»[١].

ثانياً: المالكية: عرفوه بتعريفين:

الأول: بالمعنى المصدري: «الرهن بدل من له البيع ما يباع أو غرراً، ولو اشترط في العقد وثيقة بحق »[٢].

والثاني: بالمعنى الاسمي: « مال قبض توثقاً به في دين »[٣].

ثالثاً: الشافعية: عرفوه بأنه: « جعل عين مال متمولة، وثيقة بدين، ليستوفي منها عند تعذر وفائه »[٤].

رابعاً: الحنابلة: عرفه ابن قدامة فقال: « الرهن في الشرع: المال الذي يجعل وثيقة بالدين، ليستوفى من ثمنه، إن تعذر استيفاؤه ممن هو عليه »[٥].

وبالنظر في هذه التعريفات يلحظ الآتي:

أولاً: اتفاق الفقهاء على التمول والمالية، في المرهون والمرهون به، حتى يتسنى للمرتهن أن يستوفي منه حقه عند الأجل، إذا لم يدفع الراهن، ولم يكن هناك شيء آخر يمكن الوفاء به.

---

(١) نتائج الأفكار (تكملة فتح القدير لابن الهمام): أحمد بن قودر قاضي زادة ٩/ ٦٤، وحاشية رد المحتار على الدر المختار: ابن عابدين ٦/ ٤٧٧ - ٤٧٨.

(٢) شرح مختصر خليل: الخرشي ٥/ ٢٣٦، والتاج والإكليل (بهامش مواهب الجليل للحطاب): ٥/ ٢-٣.

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٣/ ٢٣١؛ وشرح مختصر خليل: الخرشي ٥/ ٢٣٦.

(٤) نهاية المحتاج: الرملي ٤/ ٢٢٩، ومغني المحتاج: الشربيني ٢/ ١٢١.

(٥) المغني والشرح الكبير: لابن قدامة ٤/ ٣٦٦.

* اتفاق الفقهاء على أن المرهون به لابد أن يكون حقاً مالياً، فلا يصح بغير المال كالميتة، والخنزير ونحوها، لأنها لا تعد مالاً معتبراً شرعاً[(١)].

* أن يكون الدين لازماً أو آيلاً للزوم عند المالكية. والدين الآيل للزوم هو كالجعل بعد العمل، لأن عقد الجعل غير لازم، لكنه يلزم بالشروع في العمل.

ثانياً: أن جمهور الفقهاء - ما عدا المالكية - اشترطوا في المرهون أن يكون عيناً. ودلَّ على ذلك اللفظ الصريح عند كل من الشافعية والحنابلة، وقول الحنفية « جعل الشيء محبوساً » أي حبسه عند المرتهن ليستوفي حقه عند الأجل، وهذا لا يتأتى إلا إذا كان المرهون عيناً.

أما المالكية فقد أجازوا في المرهون أن يكون ديناً. دل على ذلك قولهم: «ما يباع أو غرراً»، « مال قبض به في دين »، وسبب ذلك عندهم هو أنهم يجيزون بيع الدين، وكل ما صح بيعه صح رهنه، لذلك صح الرهن عندهم[(٢)].

ثالثاً: اتفق جمهور الفقهاء - عدا المالكية - على عدم جواز رهن ما فيه غرر، سواء أكان خفيفاً أم شديداً، لأنه لم يلحظ في تعريفاتهم جواز رهن ما فيه غرر،لا تصريحاً ولا تلميحاً.

أما المالكية فأجازوا رهن ما فيه غرر «ما يباع أو غرراً»[(٣)]. لكنه عندهم مقيد ومشروط بكون الغرر خفيفاً - وإن لم يجز بيعه عندهم -. وتعليل المالكية لتجويزهم رهن ما فيه غرر خفيف، هوأنه شيء يتوثق به في الجملة وهو خير من لا شيء[(٤)].

---

(١) نهاية المحتاج: الرملي ٤/ ٢٣٢، ٢٣٣، وكشاف القناع: للبهوتي ٣/ ٣٠٨، والفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني: النفراوي ٢/ ٢٣٢.

(٢) حاشية الدسوقي ٣/ ٢٣١- ٢٣٢، وبداية المجتهد لابن رشد الحفيد ٢/ ٢٧٢، وشرح مختصر خليل: ٥/ ٢٣٦.

(٣) حاشية الدسوقي: ٣/ ٢٣١-٢٣٢، وبداية المجتهد: ٢/ ٢٧٢، ومختصر خليل: ٥/ ٢٣٦.

(٤) المصادر السابقة، والمواضع نفسها.

رابعاً: أجاز الحنفية وحدهم في المرهون به، أن يكون ديناً أو عيناً مضمونة[(١)].

أما المالكية والشافعية والحنابلة فلم يجيزوا رهن العين المضمونة، ولابد في المرهون به عندهم أن يكون ديناً.

ثانياً: أركان عقد الرهن:

اختلف الفقهاء في تحديد أركان عقد الرهن؛ كما يلي:

* ذهب الحنفية والحنابلة إلى أن ركن عقد الرهن هو الصيغة لا غير (الإيجاب والقبول)[(٢)]. وهذا ليس محل اتفاق بين الحنفية. فالمتفق عليه عندهم من الأركان هو الإيجاب فقط، أما القبول فمختلف فيه، فيصح الرهن بالإيجاب وحده عند بعضهم. لكن ما عليه عامة المشايخ في المذهب، فهو أن ركن العقد هو الإيجاب والقبول معاً. أما العاقدان من راهن ومرتهن، وكذا المعقود عليه، من مرهون ومرهون به، فهي شروط عند الحنفية وليست أركاناً[(٣)].

* أما الأركان عند كل من المالكية، والشافعية فهي أربعة، غير أنهم اختلفوا في تحديدها:

فعند المالكية هي: الراهن – المرتهن – المرهون – المرهون فيه[(٤)].

أما عند الشافعية فهي: العاقد – المرهون – المرهون به – الصيغة[(٥)].

---

(١) بدائع الصنائع ٦/ ١٤٢، وحاشية رد المحتار: ٦/ ٤٧٨.

(٢) حاشية الدسوقي ٣/ ٢٣١-٢٣٢، وبداية المجتهد ٢/ ٢٧٢، ومختصر خليل ٥/ ٢٣٦.

(٣) حاشية رد المحتار: ٦/ ٤٧٨، وبدائع الصنائع ٦/ ١٣٥، وشرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢/ ٢٣٠، والروض المربع: البهوتي ٢/ ٢٩١.

(٤) الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني: النفراوي ٢/ ٢٣١-٢٣٢، وبداية المجتهد ٢/ ٢٧٢.

(٥) نهاية المحتاج ٤/ ٢٢٩، ومغني المحتاج ٢/ ١٢١.

المطلب الثاني
مسألتان في الرهن وبيان أثر المصلحة المرسلة في مشروعيتهما

المسألة الأولى: انتفاع المرتهن بالرهن

اختلف الفقهاء في حكم انتفاع المرتهن بالرهن مطلقاً؛ أي سواء أذن الراهن للمرتهن في الانتفاع، أم لم يأذن له.

أولاً: انتفاع المرتهن بالمرهون بإذن الراهن:

اختلف الفقهاء في هذه الحالة إلى ثلاثة أقوال على النحو الآتي:

القول الأول: المانعون:

ويرى من ذهب إلى هذا القول أن لا يجوز للمرتهن الانتفاع بالرهن مطلقاً، وإن أذن له الراهن فيه، وهو قول للحنفية[1]، وقول للشافعية والإمام أحمد في رواية إذا اشترطه المرتهن في العقد[2].

قال ابن عابدين نقلاً عن محمد بن أسلم السمرقندي: «ولا يحل له – أي المرتهن – أن ينتفع بشيء منه بوجه من الوجوه وإن أذن له الراهن»[3].

وقال النووي: «وإن شرط ما يضر المرتهن بطل الشرط وإن نفع المرتهن وضر الراهن، كشرط منفعته للمرتهن بطل الشرط، وكذا الرهن في الأظهر...»[4].

ويستدل المانعون بما يأتي:

١ – إن انتفاع المرتهن بالعين المرهونة يؤدي إلى الربا، حيث إن المرتهن سيستوفي دينه

---

(١) البحر الرائق ٨/ ٢٧١، ورد المحتار ٥/ ١٦٦، وبدائع الصنائع: ٦/ ١٤٥.

(٢) الأم: للشافعي ٣/ ١٥٥، والوجيز: للغزالي ١/ ١٦١، ومتن المنهاج: للنووي (مع مغني المحتاج): ٢/ ١٢٢، والإقناع: الشربيني ٢/ ٢٤- ٢٥.

(٣) رد المحتار: ٥/ ١٦٦، وانظر: غمز عيون البصائر: الحموي ٣/ ٢٤٤.

(٤) المنهاج: النووي (مع مغني المحتاج): ٢/ ١٢٢.

كاملاً وبالتالي تكون المنفعة التي حصل عليها فضلاً دون عوض، وهو الربا[١]، والقاعدة تقول: « كل قرض جر نفعاً فهو ربا أو حرام »[٢].

٢- وطالما أن الربا حرام فلا يحل أخذه، وإن رضي بذلك المتعاقد الآخر، لأن رضا الراهن وإذنه للمرتهن بالانتفاع هو إذن بالربا، وهو أمر لا يملكه الراهن؛ لثبوت حرمة الربا، كما أن رضا الراهن لم يكن عن طيب خاطر، وإنما قد صدر منه تحت ضغط الحاجة القاسية.

٣- علل الشافعية منع اشتراط المنفعة للمرتهن، بأن هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد أولاً، وفيه نفع لأحد المتعاقدين – وهو المرتهن –وضرر بالراهن ثانياً[٣].

فمقتضى عقد الرهن، أن منافعه للراهن، لأنه مالك الرهن، لما روي عن رسول الله ﷺ وهو قوله: (**لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه له غنمه**[٤]**وعليه غرمه**[٥])[٦].

---

(١) رد المحتار: ٥/ ١٦٦.

(٢) تذكر هذه القاعدة عند بعض الكتاب على أنها حديث نبوي، والصواب أنها ليست كذلك؛ فهي قاعدة ذكرها الحنفية في كتبهم ومعناها صحيح، أما إسنادها لرسول الله ﷺ فلم يثبت. انظر المقاصد الحسنة للسخاوي، والقواعد الفقهية: علي الندوي: ص٢٣٧ هامش. طبعة دار الفكر – دمشق.

(٣) نهاية المحتاج: ٤/ ٢٣٠-٢٣١، مغني المحتاج٢/ ١٢٢، الإقناع: ص٢٥، والوجيز: ١/ ١٦١.

(٤) غنمه: زيادته. انظر: سنن البيهقي الكبرى ٦/ ٣٩.

(٥) غرمه: هلاكه ونقصه. انظر: سنن البيهقي الكبرى ٦/ ٣٩.

(٦) رواه ابن ماجه في سننه، ٢/ ٨١٦، باب: لا يغلق الرهن، رقم (٢٤٤١)، والبيهقي في السنن الكبرى: ٦/ ٣٩، والحاكم في مستدركه ٢/ ٥٨، رقم ٢٣١٥، وقال عقبه: «هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه لخلاف فيه على أصحاب الزهري»، وانظر: إلى ما قاله أحمد بن أبي بكر الكناني في: مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه(٣/ ٧٤) عن هذا الحديث: «هذا إسناد ضعيف، محمد بن حميد الرازي وإن وثقه ابن معين في رواية فقد ضعفه في أخرى، وضعفه أحمد والنسائي». وقال ابن حبان: «يروي عن الثقات المقلوبات». وقال: ابن وارة كذاب. «وقال المزي: رواه مالك وغير واحد عن الزهري عن سعيد بن المسيب مرسلا». قلت: «منهم مالك في الموطأ والشافعي في مسنده والدارقطني في سننه».

ووجه الدلالة: أفاد الحديث أن مالك العين المرهونة هو المستحق لمنافع المرهون؛ لأنه هو المكلف بالنفقات، وإعطاء المرتهن حق الانتفاع يخالف هذا المبدأ.

القول الثاني: الجواز مطلقاً:

وهو قول عند الحنفية، وهو المنصوص عليه عند المتأخرين، وعند بعض المتقدمين.

قال السرخسي: « وليس للمرتهن أن ينتفع بالمرهون إلا بإذن الراهن فإذا أذن له جاز أن يفعل ما أذن له فيه »[(١)].

واستدل المجيزون مطلقاً بما يأتي:

١ - قوله ﷺ: **(لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه)**[(٢)].

ووجه الدلالة: أن الراهن قد طابت نفسه بالسماح للمرتهن بالانتفاع.

٢ - بقياس انتفاع المرتهن على انتفاع « الغير »[(٣)]، فكما يجوز للأجنبي الانتفاع بمال الغير بإذنه بالاتفاق، يجوز للمرتهن الانتفاع بإذن الراهن (المالك)، وكأنه وهبها له، والهبة مشروعة.

---

(١) تكملة البحر الرائق: ٨/ ٢٧١، وشرح الطائي على الكنز: ص٢٨٨، ورد المحتار: ٥/ ١٦٦.

(٢) رواه الدارقطني في سننه عن أنس بن مالك ٣/ ٢٦، رقم ٩١، ورواه الحاكم والدارقطني وابن حبان في صحيحه. انظر: التلخيص الحبير: ابن حجر: ٣/ ٤٥-٤٦.

قال الألباني في إرواء الغليل: إنه ورد عن جماعة من الصحابة منهم عم أبي حرة الرقاشي، وأبو حميد الساعدي، وعمرو بن يثربي، وعبد الله بن عباس، وعليه صححه الألباني في الإرواء ٥/ ٢٧٩، رقم ١٤٥٩ بمجموع طرقه. وانظرك صحيح الجامع الصغير ٦/ ٢٢٥ رقم ٧٥٣٩.

(٣) انظر: الفقه الإسلامي المقارن: محمد فتحي الدريني: ص٦٥٠.

واعترض على الاستدلال بما يأتي:

١- إن الهبة المشروعة هي ما أقدم عليها المالك بمحض اختياره، والظاهر من حال الراهن أنه إنما أقدم على إباحة الانتفاع للمرتهن بالرهن، تحت تأثير الحاجة، ولم يكن عن طيب نفس منه، ومن ثم فلا يحل للمرتهن الانتفاع بالرهن بذلك الإذن.

٢- ويرد على استدلالهم بحديث (**لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه**)، أن الحديث ليس على إطلاقه، فهو مقيد بما لا يؤدي إلى الحرام، فلا يجوز للمرتهن أن ينتفع بالرهن الحاصل نتيجة قرض؛ لأنه في حكم الربا، والرضا لا يحل الربا.

٣- أما الاستدلال بقياس المرتهن على الغير، فقياس مع الفارق، لأن الإذن للغير من باب التعاون على البر، ومن باب الصدقة والهبة ولا ضير في هذا، أما المرتهن فانتفاعه ولو بإذن الراهن، والرهن نتيجة قرض شبهة كبيرة، إذ لولا إباحة الانتفاع لما أقرضه؛ وهذا ربا. وإذا لم يكن نتيجة قرض، وكان العقد معاوضة؛ فالمحاباة ظاهرة والاستغلال واضح، فلولا حاجة الراهن للاستدانة، ولو عن طريق المعاوضة، ما سمح للمرتهن بالانتفاع.

القول الثالث: الجواز المقيد بشروط: (الجمهور):

وهو قول المالكية، والشافعية، والحنابلة[١].

فالمالكية: أجازوا الانتفاع بعد إذن الراهن إذا كان الدين نتيجة معاوضة كالبيع ونحوه، وليس في عقد قرض، وكان المرهون مما له مؤنة كالعقار، والمنفعة مؤقتة بمدة معينة معلومة، أما الحيوان فيكره عندهم. ثم يقول المالكية[٢]: فإذا لم تكن المنفعة مشترطة

---

(١) شرح الخرشي: (مع حاشية العدوي) ٥/ ٢٤٩-٢٥٠، والكافي: ابن عبد البر: ص٤١٤، ونهاية المحتاج: الرملي ٤/ ٢٣٠-٢٣١، ومغني المحتاج: ٢/ ١٢٢، والمغني: لابن قدامة: ٤/ ٤٣١-٤٣٢، ومجلة الأحكام العدلية: ص٣٣٣، "مادة ٩٧٤".

(٢) شرح الخرشي: ٥/ ٢٤٩، ومواهب الجليل: ٥/ ١٦، والمنتقى شرح موطأ مالك ٥/ ٢٤٠، وبداية المجتهد: ٢/ ٢٧٦، وقوانين الأحكام الشرعية: لابن جزي الكلبي: ص٣٤٠، الفواكه الدواني: ٢/ ٢٣٣.

في العقد، بل أباح الراهن له الانتفاع بالمرهون بعد العقد، فإنه لا يجوز هذا الانتفاع مطلقاً، سواء أكان الدين في بيع أو في قرض.

وأما **الشافعية**[١]: فأجازوا للمرتهن أن ينتفع بالمرهون بغير عوض، إذا أذن له الراهن، من غير أن يشترط هذا في العقد سواء أكان الرهن بدين بيع أو قرض. كما أجازوا الانتفاع إذا كان مشترطاً في العقد وحددت مدة الانتفاع، وكان العقد عقد بيع، أما إن كان الشرط في عقد إجارة فلا يصح.

ولهم قولان: **الأول**: أن الرهن صحيح والشرط باطل.

الثاني: بطلان عقد الرهن من أساسه، لأنه قارنه شرط فاسد فأبطله.

وأما **الحنابلة**[٢]، فأجازوا أن ينتفع المرتهن بالمرهون إذا أذن له الراهن في ذلك، سواء أكان الانتفاع بغير عوض، أو كان بعوض، حتى ولو كان بمحاباة في الأجرة، وهذا كله مشروط بشرطين:

الأول: أن يكون الدين من بيع لا من قرض، فإذا كان من قرض فلا يجوز الانتفاع، حتى ولو أذن له الراهن، مجاناً كان أو محاباة.

الثاني: ألا يشترط الانتفاع بالمرهون في العقد، فإن شرط فهو شرط فاسد، لأنه ينافي مقتضى الرهن.

واستدل أصحاب هذا الرأي بما يأتي:

١ - بما ذكره أصحاب القول الثاني من الأدلة، وتفيد في مجموعها جواز الانتفاع بالإذن دون تفصيل.

---

(١) تكملة المجموع: ١٣/ ٢١٥، ونهاية المحتاج: ٤/ ٢٣٠، ومغني المحتاج: ٢/ ١٢١.

(٢) المغني مع الشرح الكبير: ٤/ ٤٣١، وكشاف القناع: البهوتي ٣/ ٣٤٣، وشرح منتهى الإرادات: ٢/ ٢٤٠، ٢٤١.

٢- واستدلوا على اشتراط كون أصل الدين معاوضة وليس قرضاً[١]، أن الانتفاع بالرهن الناتج عن قرض إنما هو قرض جر نفعاً وهو محرم. وأما في المعاوضة كالبيع، فإن الانتفاع بالعين يكون في مقابلة بعض الثمن، وبهذا يكون العقد عقد بيع وإجارة، وهو جائز.

٣- واستدلوا على اشتراط تعيين المدة في الانتفاع، أن عدم تحديد مدة الانتفاع يشكل جهالة في بعض الصفقة، فالعقد كما تقدم عبارة عن بيع وإجارة، ولابد في الإجارة بيان المدة وإلا فسدت. وفسادها يؤدي إلى فساد ثمن البيع، ولهذا وجب تحديد المدة[٢].

واعترض على الاستدلال بما يأتي:

١- بما اتجه على استدلال المجيزين مطلقاً.

٢- القيد بتحديد المدة وإن كان الهدف منه رفع الجهالة عن عقد الإجارة، فهو لا يجنبهم المحظور، وهو فساد الإجارة، لجهالة الأجرة، ولجهالة الثمن، إذ الدين أصبح أجرة وثمناً على الشيوع.

٣- إن هذه الإجارة لا اختيار فيها، إذ الظاهر أن الراهن قبل الاشتراط تحت ضغط الحاجة، وكل تصرف صدر لا عن اختيار فهو غير صحيح.

الترجيح:

الرأي الراجح هو ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني، وهو الجواز؛ لأننا لم نشق عن قلب المدين، ولأن هذا هو الأقرب إلى سماحة الإسلام ونبل مقصده، وحضه على التعاون والبر، على ألاَّ يكون ذلك شرطاً حتى لا يكون استغلال حاجات الناس لأكل أموالهم بالباطل.

---

(١) انظر: المغني: ابن قدامة: ٤/ ٤٣١-٤٣٢، الكافي: ابن عبد البر: ص٤١٤، وجواهر الإكليل: ٢/ ٨٢.

(٢) نهاية المحتاج: ٤/ ٢٣٠، ومغني المحتاج: ٢/ ١٢٢، وجواهر الإكليل: ٢/ ٨٢، والكافي: ص٤١٤.

المسألة الثانية: تصرف الراهن في الرهن وانتفاعه به:

اتفق جمهور الفقهاء: الحنفية[١]، والمالكية[٢]، والشافعية[٣]، ورواية لأحمد[٤] على عدم جواز انتفاع المرتهن بالمرهون إذا لم يأذن الراهن مطلقاً، إذا كان المرهون من غير المركوب والمحلوب.

أما إذا كان المرهون من المركوب والمحلوب، ولم يأذن الراهن بالانتفاع، فقد اختلف الفقهاء في حكم هذه المسألة، ولهم في ذلك أربعة مذاهب:

المذهب الأول: المانعون:

وهم الجمهور[٥]: الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة في رواية مرجوحة. وحسب ذلك، لا يجوز للمرتهن الانتفاع بالمرهون، إذا لم يأذن الراهن[٦].

---

(١) حاشية رد المحتار: ٦/ ٤٨٢، وبدائع الصنائع: ٦/ ١٤٥، وأحكام القرآن: للجصاص ١/ ٥٣١.

(٢) الخرشي: ٥/ ٢٥٠، وبداية المجتهد: ٢/ ٢٧٦، و قوانين الأحكام الشرعية: لابن جزي الكلبي: ص٣٤٠.

(٣) نهاية المحتاج: ٤/ ٢٣٠، ومغني المحتاج: ٢/ ١٢١، والتكملة الثانية للمجموع: محمد نجيب المطيعي ١٣/ ٢١٧.

(٤) كشاف القناع: ٣/ ٣٤٢، وشرح منتهى الإرادات: ٢/ ٢٤٢.

(٥) تكملة البحر الرائق: ٨/ ٢٧١، وبداية المجتهد: ٢/ ٢٧٦، والمغني: ابن قدامة: ٤/ ٤٣٢- ٤٣٣، وفتح الباري: لابن حجر ٥/ ١٤٤، ونيل الأوطار: ٥/ ٣٥٣، وتحفة الأحوذي: ٤/ ٤٦١، والمحلى: لابن حزم ٦/ ٣٦٧.

(٦) فإن فعل كان متعدياً وضامناً، وإن أنفق على المرهون فلا يحق له الرجوع بما أنفق لأنه متطوع. تكملة البحر الرائق: ٨/ ٢٧١، وبداية المجتهد: ٢/ ٢٧٦، والمغني: لابن قدامة ٤/ ٤٣٢-٤٣٣، وفتح الباري: ٥/ ١٤٤، و نيل الأوطار: ٥/ ٣٥٣، وتحفة الأحوذي: ٤/ ٤٦١، والمحلى: ابن حزم ٦/ ٣٦٧.

استدل المانعون بما يأتي:

١- ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (**لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه، له غُنْمه، وعليه غُرْمه**)[١].

ووجه الدلالة واضحة، فالرهن لا يخرج عن ملك صاحبه، أي الراهن، ويثبت له زيادته ومنافعه، وعليه غرمه أي هلاكه ونفقته، وليس للمرتهن شيء من ذلك.

وبناء عليه لا يحق للمرتهن الانتفاع بالمرهون دون إذن الراهن مطلقاً، لأن الراهن مالك، والمرتهن أجنبي، ولا يحق للأجنبي أن يتملك شيئاً، منفعة كان أم ذاتاً إلا بإذن مالكه.

اعترض على هذا الاستدلال بما يلي:

أن هذا الحديث مختلف في وصله وإرساله ورفعه، فقد صحح أبو داود، والبزار، والدارقطني إرساله عن سعيد بن المسيب، دون ذكر أبي هريرة رضي الله عنه، وكذلك البيهقي في السنن الكبرى. وقال الحافظ ابن حجر في التلخيص: «وله طرق في الدارقطني والبيهقي كلها ضعيفة». ومستند الجمهور في الحديث قوله: (**له غنمه وعليه غرمه**)، فقد اختلف في رفعها ووقفها، فقال ابن وهب وكذلك أبو داود في المراسيل أنها ليست من الحديث، وإنما هي من قول سعيد بن المسيب[٢].

كما أن هذا الحديث على فرض ثبوته لا يقوى على معارضة ما في صحيح البخاري وغيره[٣] من قوله صلى الله عليه وسلم: (**الظهر يركب بنفقته...**) الحديث.

---

(١) سبق تخريجه ص٣٥١ من هذا الكتاب.

(٢) انظر: نيل الأوطار ٥/ ٣٥٤-٣٥٥، وبلوغ المرام:ص١٥٨، وسبل السلام ٣/ ٢٩-٣٠، والسنن الكبرى: ٦/ ٣٩.

(٣) نيل الأوطار: ٥/ ٢٦٥، وسبل السلام: ٣/ ٢٩-٣٠.

وأجيب عن هذا:

بأن الدارقطني روى هذا الحديث بلفظه وقال: هذا إسناد حسن متصل. وجاء في بلوغ المرام[1]: أن رجاله ثقات.

٢ - قوله ﷺ: **(الرهن مركوب ومحلوب)**[2] وما رواه البخاري في صحيحه: **(الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً)**[3].

ووجه الدلالة: كما قال الشافعي: «يشبه أن يكون المراد من رهن ذات در وظهر، لم يمنع الراهن من درها وظهرها، فهي محلوبة ومركوبة له كما كانت من قبل الرهن»[4].

واعترض على هذا الاستدلال بما يلي:

أن القول بأن المقصود من الحديث هو تقرير حق الراهن في الانتفاع، مردود لأمرين:

الأول: إذا عتبرنا الحديث مجملاً فقد زال الإجمال وبيّن بورود نص آخر يوضحه الحديث الوارد في مسند أحمد، وهو قوله ﷺ: **(إذا كانت الدابة مرهونة فعلى المرتهن علفُها، ولبن الدر يُشرب، وعلى الذي يشرب نفقته)**[5]، وفي الحديث السابق قال: **(وعلى الذي يشرب نفقته)**، فيكون المرتهن الذي ينفق هو الذي يشرب[6].

---

(١) نيل الأوطار: ٥/ ٢٦٥، وسبل السلام: ٣/ ٢٩-٣٠.

(٢) صحيح البخاري ٢/ ٨٨٨، باب: الرهن مركوب ومحلوب، ورواه ابن ماجه في سننه ٢/ ٨١٦، و الدارقطني والحاكم وصححه عن أبي هريرة، تلخيص الحبير ٣/ ٣٦.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه: ٢/ ٨٨٨، كتاب: الرهن، باب: الرهن مركوب ومحلوب رقم ٢٣٧٧.

(٤) انظر: فتح الباري: ٥/ ١٤٤

(٥) سنن الدار قطني ٣/ ٤٣، رقم ١٣٥، والسنن الكبرى للبيهقي ٦/ ٣٨، ومسند الإمام أحمد ٢/ ٢٢٨، رقم ٧١٢٥.

(٦) انظر: فتح الباري: ٥/ ١٤٤

الثاني: القول بأن المراد من النص هو الراهن، بعيد من حيث ما تقضي به قواعد الفقه الإسلامي، فالراهن يركب ويشرب بمقتضى حق الملكية(١)، وليس بمقتضى إنفاقه، والذي يظهر في النص أن المسألة معاوضة؛ فالذي ينفق يشرب بمقابل إنفاقه، وهو المرتهن.

٣- **القياس**: المرهون ملك للراهن وليس للمرتهن، وبالتالي فهي ملك الغير بالنسبة للمرتهن، وملك الغير لا يجوز الانتفاع به إلا بإذن صاحبه(٢)، وفي هذا لا فرق بين الرهن وملك الغير من هذه الجهة.

واعترض على الاستدلال به:

إن هذا القياس فاسد لوقوعه في مقابلة النص، وهو قوله ﷺ: (**الظهر يركب بنفقته...**) الحديث. كما أنه قياس مع الفارق؛ فالمرهون يكون تحت يد المرتهن، وليس في يد الراهن، ويحتاج أيضاً إلى نفقة، وإذا منعنا المرتهن من الانتفاع، مقابل إنفاقه، فإننا نضيع الانتفاع بالعين المرهونة، فلا ينتفع الراهن ولا المرتهن، وقد يمتنع الراهن من الإنفاق على المرهون، فلابد حينئذ من القول بجواز انتفاع المرتهن مقابل ما سيدفعه من نفقة.

المذهب الثاني: المجيزون:

وهم الحنابلة في الراجح عندهم، وقول إسحاق بن راهويه(٣). واستدلوا على جواز انتفاع المرتهن بالمرهون بغير إذن الراهن، إذا كان المرهون مركوباً أو محلوباً بمقدار ما ينفق عليها متحرياً العدل في ذلك بالسنة والمعقول:

---

(١) المغني: ابن قدامة: ٤/ ٤٣٣، ونيل الأوطار: ٥/ ٢٦٥.

(٢) المغني: ٤/ ٤٣٢.

(٣) المغني: ابن قدامة: ٤/ ٤٣١، ٤٣٢؛ كشاف القناع: البهوتي ٣/ ٣٤٢-٣٤٣؛ فتح الباري: (بيروت، دار المعرفة): ٥/ ١٤٤؛ ونيل الأوطار: ٥/ ٢٦٥، ومجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩/ ٥٤٤.

أما السنة:

قوله ﷺ: **(الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة)**[١].

وجه الدلالة: أن الحديث يدل بمنطوقه على إباحة الانتفاع في مقابلة الإنفاق، والذي ينتفع ركوباً أو حلباً، وهو الذي ينفق، كائناً من كان، إلا أن الراهن يستحق الركوب والشرب بمقتضى ملكيته للعين المرهونة، لا بمقتضى الإنفاق، وبهذا يكون المقصود بالذي يركب ويشرب، هو المرتهن[٢].

وقد دل على هذا صراحة رواية أخرى لهذا الحديث، قوله ﷺ: **(إذا كانت الدابة مرهونة فعلى المرتهن علفُها، ولبن الدر يُشرب، وعلى الذي يشرب نفقته)**[٣].

والحديث نص واضح الدلالة على المسألة، فهو يدل بمنطوقه على أن المرتهن هو الذي ينفق على المرهون، وله بمقابل ذلك، أن يشرب من لبن الشاة، أو الناقة، أو البقرة محل الرهن. قال ابن حجر[٤]: وهذا يختص، بالمرتهن؛ لأن الحديث وإن كان مجملاً، لكنه يختص بالمرتهن، لأن انتفاع الراهن بالمرهون لكونه مالك رقبته، لا لكونه منفقاً عليه بخلاف المرتهن.

---

(١) سبق تخريجه: ص٣٥٨ من هذا الكتاب.

(٢) المغني: ٤/ ٤٣٣، وشرح منتهى الإرادات: ٢/ ٢٤٢، وفتح الباري: ٥/ ١٤٤، ونيل الأوطار: ٥/ ٢٦٤.

(٣) سبق تخريجه: ص٣٥٩ من هذا الكتاب.

(٤) فتح الباري: ٥/ ١٤٤.

وأما الدليل على اشتراط كون الانتفاع بقدر النفقة، ما رواه حماد[١] بن سلمة في جامعه بلفظ: (**إذا ارتهن شاة، شرب المرتهن من لبنها بقدر عَلْفِهَا، فإن استفضل من اللبن بعد ثمن الْعَلْفِ فهو ربا**)[٢].

واعترض على الاستدلال به بما يلي:

الاعتراض الأول: إن الحديث – كما يقول ابن عبد البر: «يرده أصول مجمع عليها، وآثار ثابتة، لا يختلف في صحتها» [٣]، ويدل على نسخه حديث ابن عمر رضي الله عنهما: (**لا يَحْلِبَنَّ أَحَدٌ مَاشِيَةَ امْرِئٍ بِغَيْرِ إِذْنِهِ...**)[٤].

وأجيب على هذا الاعتراض بما قاله الشوكاني[٥]: إن دعوى مخالفة هذا الحديث الصحيح للأصول غير مسلمة، لأننا نقول: إن السنة الصحيحة من جملة الأصول، فلا ترد إلا بمعارض أرجح منها، بعد تعذر الجمع. وعن حديث ابن عمر نقول: إنه عام، وحديثنا خاص، فيبنى العام على الخاص.

وأما النسخ فإنه لا يثبت إلا بدليل يقضي بتأخير الناسخ، ولا يثبت بمجرد الاحتمال. والتاريخ في هذا متعذر. والجمع بين الأحاديث ممكن، وذلك بحمل العام على الخاص هنا.

---

(١) هو: حماد بن سلمة بن دينار البصري الربعي بالولاء، أبو سلمة: مفتي البصرة، وأحد رجال الحديث، ومن النحاة، كان حافظاً ثقة مأموناً، إلاّ أنه لما كبر ساء حفظه فتركه البخاري، وأما مسلم فاجتهد وأخذ من حديثه بعض ما سمع منه قبل تغييره، ونقل الذهبي: كان حماد إماماً في العربية فقيهاً، فصيحاً، مفوهاً، شديداً على المبتدعة، له تآليف، مات سنة ١٦٧هـ. انظر: تهذيب التهذيب ٣/ ١١، وميزان الاعتدال ١/ ٢٧٧، وحلية الأولياء ٦/ ٢٤٩.

(٢) فتح الباري: ٥/ ١٤٣-١٤٤، ونيل الأوطار: ٥/ ٢٦٤.

(٣) انظر: فتح الباري: ٥/ ١٤٤، ونيل الأوطار: ٥/ ٢٦٥.

(٤) صحيح البخاري، كتاب في اللقطة، باب: لاتحتلب ماشية أحد بغير إذنه رقم٢٢٥٥.

(٥) نيل الأوطار: ٥/ ٢٦٥.

الاعتراض الثاني: القول بأن الانتفاع يكون نظير النفقة، وهذا يدل على أن المراد به في الحديث المرتهن، وليس الراهن، لأن الراهن لم ينتفع نظير النفقة، بل بسبب الملكية.

وأجيب عليه: بأن هذا التوجيه غير صحيح. بل المراد الراهن، وأن انتفاعه بملكه ليس بسبب الملكية فقط، بل وللإنفاق على المملوك أيضاً، لأنه لو لم ينفق على ملكه، لما حصل له الانتفاع، إذ يجف الضرع ويعجز عن الحمل، وكلما زادت النفقة على المركوب والمحلوب، كلما كان الانتفاع بها أكثر.

الاعتراض الثالث: حديث: «إذا كانت الدابة مرهونة فعلى المرتهن علفها...»، اعترض عليه بما قاله ابن حزم عن هذه الرواية: «بأنها من طريق إسماعيل بن سالم الصايغ عن هشيم، فالتخليط من قبله، لا من قبل هشيم فمن فوقه»[1]، وعليه فلا يصح الاستدلال برواية إسماعيل على أن المراد المرتهن.

وأما المعقول:

فقد ذكره ابن قدامة فقال: «ولأن نفقة الحيوان واجبة، وللمرتهن فيه حق، وقد أمكنه استيفاء حقه من نماء الرهن، والنيابة عن المالك فيما وجب عليه، واستيفاء ذلك من منافعه فجاز ذلك كما يجوز للمرأة أخذ مؤنتها من مال زوجها، عند امتناعه بغير إذنه، والنيابة عنه في الإنفاق عليه... والنماء للراهن، ولكن للمرتهن ولاية صرفها إلى نفقته، لثبوت يده عليها وولايته، وهذا فيمن أنفق محتسباً بالرجوع، فأما ما أنفق متبرعاً بغير نية الرجوع، لم ينتفع به رواية واحدة»[2].

---

(١) المحلى: لابن حزم ٨/ ٨٩-٩٠، وانظر: أحكام القرآن: للجصاص: ١/ ٥٣٢.

(٢) المغني: ٥/ ٤٣٣.

المذهب الثالث: جواز الانتفاع بالمرهون:

وذلك ركوباً وحلباً واستخداماً، بمقدار ما ينفقه المرتهن عليه، إذا امتنع الراهن من الإنفاق عليه، وهو قول أبي ثور والأوزاعي والليث بن سعد فيما نقله عنه الشوكاني أصحاب هذا الرأي، فيما ذهبوا إليه، من جواز الانتفاع إذا امتنع الراهن من الإنفاق على المرهون، أما إذا لم يمتنع، واستعد للإنفاق على المرهون فلا يجوز والحالة هذه أن ينتفع المرتهن بشيء من الرهن(١).

أدلة المذهب:

استدل أصحاب هذا المذهب في حالة امتناع الراهن عن الإنفاق عليه، بشرط أن يكون الانتفاع بقدر النفقة، بالسنة النبوية:

قوله ﷺ: (**الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة**)(٢).

وجه الدلالة: أنه مقيد بما إذا امتنع الراهن من الإنفاق على المرهون. فيباح حينئذ للمرتهن الإنفاق على الحيوان حفظاً لحياته، ولإبقاء المالية فيه، وجعل له في مقابلة نفقته، الانتفاع بالمركوب، أو بشرب اللبن، بشرط أن لا يزيد قدر ذلك أو قيمته على مقدار علفه.

أما حديث: (**لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه، له غنمه، وعليه غرمه**)(٣).فحملوه على ما إذا قام الراهن بالإنفاق على المرهون. وبذلك يكون قد جمع بين الحديثين:

فالأول: يحمل على ما إذا امتنع الراهن من الإنفاق على المرهون.

والثاني:يحمل على ما إذا قام الراهن بالإنفاق على المرهون ولم يمتنع(٤).

---

(١) فتح الباري: ٥/ ١٤٤، والمغني: لابن قدامة: ٤/ ٤٣٣، وانظر: نيل الأوطار: ٥/ ٢٦٥.

(٢) سبق تخريجه: ص٣٥٨ من هذا الكتاب.

(٣) سبق تخريجه: ص٣٥١ من هذا الكتاب.

(٤) فتح الباري: ٥/ ١٤٤، ونيل الأوطار: ٥/ ٢٦٥.

ويستدل لهم على اشتراط كون الانتفاع بقدر النفقة، بما استدل به الحنابلة من حماد ابن سلمة في جامعه بلفظ: **(إذا ارتهن شاة، شرب المرتهن من لبنها بقدر عَلْفِهَا، فإن استفضل من اللبن بعد ثمن الْعَلْفِ فهو ربا)**(١).

المذهب الرابع: للظاهرية(٢):

جواز انتفاع المرتهن بالمرهون ركوباً وحلباً فقط، بغير إذن الراهن، إذا امتنع الراهن من الإنفاق عليه، في مقابل ما ينفقه عليه من غير تقييد المنفعة بمقدار النفقة.

استدل الظاهرية بالكتاب والسنة النبوية:

أولاً: الكتاب:

قوله ﷻ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ﴾(٣).

وجه الدلالة: نهي الله تعالى لنا عن أكل أموال الناس بالباطل، وانتفاع المرتهن بالمرهون نظير إنفاقه عليه، مع امتناع الراهن من الإنفاق على مرهونه، فإن ذلك لا يكون أكلاً لأموال الناس بالباطل، حسبما فسر العلماء كلمة « الباطل » في الآية:

يقول القرطبي: قوله ﷻ: ﴿بِٱلۡبَٰطِلِ﴾: بغير حق. وقوله ﷻ: ﴿تِجَٰرَةً﴾: التجارة المعاوضة(٤).

ثانياً: السنة: قوله ﷺ: **(لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه)**(٥).

---

(١) فتح الباري: ٥/ ١٤٣-١٤٤، ونيل الأوطار: ٥/ ٢٦٤.

(٢) المحلى: ابن حزم ٨/ ٨٩.

(٣) سورة النساء، الآية [٢٩].

(٤) الجامع لأحكام القرآن: القرطبي ٥/ ١٥٠-١٥١.

(٥) سبق تخريجه: ص٣٥٢ من هذا الكتاب.

ويستفاد من الحديث أن مال المسلم لا يحل إلا إذا كان بطيب نفسه، وغير ذلك يكون غصباً. وانتفاع المرتهن بالمرهون بغير إذن الراهن كان سببه امتناع الراهن عن الإنفاق على مرهونه، فينفق عليه المرتهن، حتى لا يَنْفَقَ الحيوان أو تتهدم الدار، ومن ثم من حقه الانتفاع نظير النفقة، وبذلك لا يكون متعدياً ولا غاصباً.

الرأي الراجح:

بعد النظر في أدلة الفريقين والاعتراضات عليها يترجح عندي مذهب القائلين بجواز انتفاع المرتهن بالمرهون، ركوباً وحلباً أو غيرهما، إذا امتنع الراهن من الإنفاق على المرهون، ويكون الانتفاع بالمرهون بمقدار النفقة، لما استدل به أصحاب هذا المذهب على مذهبهم، ولما فيه من المحافظة على المال الذي هو أحد مقاصد الشريعة الخمسة، والذي نهى رسول الله ﷺ عن إضاعته، فضلاً عما فيه من تحقيق مصلحة الرهن ومصلحة العاقدين.

أثر المصلحة المرسلة في بيع الرهن:

شرع الله تعالى «المداينة»[1] عند افتقار الإنسان إلى المال، لقضاء حاجاته الحالة، فإذا كان أصل تشريع المعاملات لدفع الحرج عن الناس، وتحقيق مصالحهم، حتى اعتبر الإسلام تلك المصالح من المقاصد الحاجية للتشريع الإسلامي، فقد شرع أيضاً «التوثيقات» تأكيداً للثقة بين الناس في ميدان التعامل، وتنشيطاً للحركة التجارية والاقتصادية بوجه عام، ليطمئن المتعامل إلى نتيجة تعامله، وصون ماله، خشية الجحود، أو الضياع، بالنسيان، أو الموت المفاجئ، فكان الرهن أهم وثيقة شرعها الإسلام لذلك، فضلاً عن الإشهاد والكتابة[2].

---

(١) انظر: آية المداينة، البقرة [٢٨٢].

(٢) الهداية: المرغيناني ٤/ ٩٤.

الرهن كان معروفاً في الجاهلية، غير أنه كان على وجه يلحق ظلماً بالمدين، إذ كان المرتهن يمتلك الرهن كله بالدين عند مَحِلِّه، حال عجز المدين عن الوفاء، وغالباً ما تكون مالية الرهن أوفى من الدَّين قدراً، لذا جاء النبي ﷺ فقضى على هذا الوضع الظالم، وهو « غَلَقُ الرهن » محافظة على مال المدين، وحماية له من انتهاز المرتهن فرصة سوء حالته المالية، فيزيده بذلك هلاكاً إلى هلاكه، استغلالاً، فقال ﷺ: (**لا يَغلَقُ الرَّهنُ من صاحبه الذي رهنه، له غُنْمُه، وعليه غُرمُه**)[1].

ويؤكد هذا ما جاء في المغني: «أن رجلاً رهن داراً بالمدينة إلى أجل مسمى، فمضى الأجل، فقال الذي ارتهن: (منزلي!) فقال النبي ﷺ: (**لا يَغْلَقُ الرهن**)»[2].

إذن فالرهن ليس وسيلة استيثاق لمال الدائن، يستوفي منه ديْنه عند عجز المدين، ضماناً لحقه فحسب، بل هو أيضاً وسيلة للمحافظة على مال المدين، من وجوه:

١ - أنه تشريع يَسَّر لغير الواجد الاستدانة، سداً لحاجته الحالة عن افتقاره، فلا يضطر إلى بيع عقاره أو منقوله بثمن بخس، بل يحتفظ بهما عن طريق الرهن، أملاً في يساره مستقبلاً.

٢ - تحريم غلق الرهن، قطعاً للتوسل إلى الاستغلال بتملكه من قِبَل المرتهن، نظير (الدين) عند حلول الأجل، انتهازاً لفرصة افتقار المدين، وعجزه عن الوفاء.

---

(١) والغُنْم هو منافع المرهون وزوائده، والغُرْم الهلاك والنقصان والنفقة التي بها بقاؤه - ولا يغلق الرهن، أي لا يستحقه المرتهن، ولا يملكه في نظير دينه، حتى إذا عجز المدين عن الوفاء، بيع المرهون، واستوفى الدائن من ثمنه، مقدماً على سائر الغُرماء، وعلى هذا، فحق المرتهن متعلق بمالية المرهون لا بعينه. والحديث سبق تخريجه.

(٢) يقال: غلق الرهن، إذا خرج عن ملك الراهن، واستولى عليه المرتهن، بسبب عجزه عن أداء ما رهنه فيه. انظر: سبل السلام: ٣/ ٥٢، والمغني مع الشرح الكبير: ابن قدامة ٤/ ٣٦٨.

٣- عدم جواز انتفاع المرتهن بالمرهون دون عِوَض، ولو أذن الراهن على الراجح[1].

وهذا هو التوازن في تشريع المعاملات، محافظة على الحقين معاً، حتى لا تطغى مصلحة على أخرى، فيكون الظلم والاستغلال، والربا، أو شبهته، وهو محرم قطعاً بالإطلاق.

أما من الناحية الاقتصادية، ففي الرهن دفع لحركة التعامل بتوفير الثقة، فكأن المرتهن بما يحتبس من مرهون نظير الدين، يحتفظ بماله، فكأنه في حوزته، على الرغم من كون ماله قد أصبح ديناً شُغلت به ذمة المدين، وهو من أقوى صور التأمينات أو التوثيقات.

من خلال النظر في مسألة انتفاع المرتهن بالعين المرهونة، نجد المصلحة جلية واضحة، في ترجيح مذهب القائلين بجواز انتفاع المرتهن بالمرهون، ركوباً وحلباً أو غيرهما، إذا امتنع الراهن من الإنفاق على المرهون، ويكون الانتفاع بالمرهون بمقدار النفقة.

يقول ابن القيم، بما يوضح وجوه الحكمة التشريعية من حديث الرسول ﷺ: **(الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً، ولبن الدَّرِّ يُشرب بنفقته إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة)** حيث يقول: «والصواب ما دل عليه الحديث، وقواعد الشريعة وأصولها لا تقتضي سواه، فإن الرهن إذا كان حيواناً، فهو محترم في نفسه، لحق الله سبحانه، وللمالك فيه حق الملك، وللمرتهن حق الوثيقة، وقد شرع الله تعالى الرهن مقبوضاً بيد المرتهن، فإذا كان بيده، فلم يركبه، ولم يحلبه، ذهب نفعه باطلاً، وإن مكَّن صاحبه من ركوبه، خرج عن يده وتوثيقه، وإن كلَّف صاحبه كل وقت أن يأتي ليأخذ لبنه، شقَّ عليه غاية المشقة، ولا سيما مع بُعد المسافة، وإن كُلِّف المرتهن بيع اللبن، وحفظ ثمنه للراهن شقَّ عليه، فكان مقتضى العدل، والقياس، ومصلحة الراهن، والمرتهن والحيوان، أن

---

(١) جاء في المغني ٤/ ٤٣٢ «ولا ينتفع المرتهن من الرهن بشيء، إلا ما كان مركوباً أو محلوباً، فيركب ويحلب بقدر النفقة». وكذا: «فإن شرط في الرهن أن ينتفع به المرتهن، فالشرط فاسد».

يستوفي المرتهن منفعة الركوب والحلب، ويعوض عنها بالنفقة، ففي هذا جمع بين المصلحتين، وتوفير للحقين، فإن نفقة الحيوان واجبة على صاحبه، والمرتهن إذا أدى واجباً، وله فيه حق، فله أن يرجع ببدله، ومنفعة الحلب والركوب تصلح لأن تكون بدلاً، وإن قيل للمرتهن «لا رجوع لك» كان في ذلك إضرار به، ولم تسمح نفسه بالنفقة على الحيوان، فكان ما جاءت به الشريعة، هو الغاية التي ما فوقها - العدل، والحكمة، والمصلحة، شيء يختار»[1].



(١) إعلام الموقعين: ٢/ ٢٣.

المبحث الثاني
أثر المصلحة المرسلة في الكفالة

وفيه مطلبان:

المطلب الأول
تعريف الكفالة لغة واصطلاحاً

لقد امتن الله ﷻ علينا بشريعة عظيمة جليلة، حفظت لنا النفوس والأموال، وقطعت سبل الظلم والطغيان، وحرصت على تحقيق مصالح الأنام، فبعد أن أباحت الشريعة حرية التملك وحثت على التعاون بأشكاله المادي والمعنوي، قامت بتفصيل أحكام المعاملات المادية بعد أن جعلت من حفظ الأموال مقصداً ضرورياً لاستقامة الحياة بدونه[1]. ولتحقيق هذا المقصد الشرعي جعلت الشريعة الطرق المختلفة في حفظ الحقوق وتوثيق الديون لضمان ردّها إلى أصحابها، ومن ذلك كتابة الديون والإشهاد عليها، وطلب الرهن وأخيراً طلب الكفيل والكفلاء.

الكفالة في اللغة:

الكفالة لغة: الضَّمانُ، يُقالُ: كَفِلَ الرّجُلَ وبالرّجُلِ طِفْلاً، وكفالةً: ضَمِنَهُ، ويُقالُ: كَفِلَ المالَ، وكَفِلَ عنه المال لغريمه فهو كافل، وأكْفَلَه المال: ضَمَّنَه إيَّاه.

والكفيلُ: الضامِن، والكفالةُ: الضَّمُ، **والكافل**: الذي يكفل إنساناً يعوله ومنه قوله تعالى: ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾[2] أي: ضمها إلى نفسه، وقال رسول الله ﷺ: (**أَنَا وَكَافِلُ الْيَتِيمِ فِي الْجَنَّةِ هَكَذَا**)[3] أي: الذي يضمه إليه في التربية، وفي معناه الكافل: العائل[4].

---

(١) الموافقات للشاطبي ٢/ ٧

(٢) سورة آل عمران، من الآية [٣٧].

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: الأدب، باب: فضل من يعول يتيماً، رقم ٥٥٤٦، ومسلم في صحيحه، كتاب: الزهد والرقائق، باب: الإحسان إلى الأرملة والمسكين واليتيم. رقم ٥٢٩٦.

(٤) لسان العرب ١١/ ٥٨٩-٥٩٠، وانظر القاموس المحيط للفيروز آبادي: ص١٣٦١، وانظر مختار الصحاح للرازي: ص٥٧٤، وانظر المعجم الوسيط لإبراهيم أنيس ورفاقه ٢/ ٧٩٢.

الكفالة اصطلاحاً:

لا تبتعد الكفالة في الاصطلاح الفقهي عن معناها اللّغوي، فهي عند الفقهاء الضّم والضّمان، والمماثلة. وقد اختلفت عبارات الفقهاء في تعريفهم للكفالة.

أولاً: تعريف الحنفية: للحنفية تعريفان وهما(١):

الأول: الكفالة ضم الذمة(٢) على الذمة في المطالبة.

والثاني: ضم الذمة إلى الذمة في الدين.

والتعريف الأول هو ما ذهب إليه أكثر الحنفية، وذكرته متونهم(٣)، وهو الأصح كما جاء في الهداية وغيرها.

ويوافق الأول ما ذكره صاحب مرشد الحيران بقوله: « هي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة بنفس أو دين أو عين»(٤).

ويرى ابن عابدين أن من عرفها بالضم في الدين إنما أراد تعريف نوع منها وهو الكفالة بالمال، وأما الكفالة بالنفس وبالأعيان فهي في المطالبة اتفاقاً، وهما ماهيتان لا يمكن جمعهما في تعريف واحد(٥). وهو الذي اختارته مجلة الأحكام العدلية فقد جاء في المادة

---

(١) الهداية للمرغيناني ٣/ ٩٦، وانظر الفتاوى الهندية للشيخ نظام وجماعة أخرى ٣/ ٢٥٢.

(٢) الذمة لغة: العهد والأمان، إذ إن نقض العهد والأمان موجب للذم، وفي الاصطلاح: بمعنى النفس والذات، وفي أصول الفقه: هي وصف يصير به الإنسان أهلاً لما له وما عليه، انظر درر الحكام ١/ ٢٥.

(٣) انظر: البناية في شرح الهداية، للعيني ٧/ ٥٣٧، وشرح فتح القدير لابن الهمام ٧/ ١٦٣، والاختيار لتعليل المختار: لعبد الله الموصلي ٢/ ١١٦، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام، لعلي حيدر ١/ ٧٢٥.

(٤) مرشد الحيران، لمحمد قدري باشا، مادة: ٨٢٢.

(٥) حاشية ابن عابدين ٢/ ٢٨٢.

(٦١٢) منها: « الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بشيء. يعني أن يضم أحد ذمته إلى ذمة آخر ويلتزم أيضاً في المطالبة التي لزمت في حق ذلك».

ولذا يترجح التعريف الأول لشموله أقسام الكفالة جميعاً ولقصور الثاني أمامه، فالكفالة كما تصح بالمال تصح بالنفس ولا دين في النفس.

ثانياً: تعريف المالكية:

عبر فقهاء المالكية عن الكفالة بالضمان، فكانت تعريفاتهم للفظ الضمان لا الكفالة.

يقول خليل في مختصره: «الضمان شغل ذمة أخرى بالحق»[١]؛ أي أن الدين يشغل ذمة الضامن مع ذمة المدين، المضمون عنه، سواء كان هذا الحق غير متوقف على شيء، كما في ضمان الأموال، أو كان متوقفاً على شيء آخر كعدم إتيان المضمون في ضمان الوجه أو تفريطه في طلب الدين والتفتيش عنه[٢].

وعند ابن عرفة: «الضمان التزام دين لا يسقطه أو طلب من هو عليه لمن هو له»[٣].

ثالثاً: تعريف الشافعية:

عرف الشافعية الضمان بقولهم: هو حق ثابت في ذمة الغير أو إحضار عين مضمونة أو بدن من يستحق حضوره[٤]. ويفرق الإمامان النووي والماوردي بين لفظي الضمان والكفالة في الاستعمال، فالضمان خاص بإحضار المال، والكفالة خاصة بإحضار البدن، ولذا يقال: ضمان المال وكفالة البدن[٥].

---

(١) مختصر خليل: خليل بن إسحاق، ص: ١٩٣.

(٢) الشرح الكبير للدردير ٣/ ٣٣٠.

(٣) شرح حدود ابن عرفة: الرصاع، ص٣١٩ وما بعدها.

(٤) مغني المحتاج: ٢/ ١٩٩، والإقناع ١/ ٣٧، والسراج الوهاج: ص٢٤٠.

(٥) منهاج الطالبين ٢/ ٣٢٣، ومغني المحتاج ٢/ ١٩٨، والنظم المستعذب ١/ ٣٣٩.

رابعاً: تعريف الحنابلة:

تعددت عبارات فقهاء الحنابلة في تعريف الضمان[(١)]، فمنها ما يبدأ بكلمة (ضم): الضمان هو: ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق فيثبت في ذمتيهما جميعاً[(٢)].

ومنها ما يبدأ بكلمة (التزام): الضمان هو: التزام من يصح تبرعه بما وجب أو قد يجب على غيره مع بقائه[(٣)].

والحنابلة يلتقون مع الشافعية في التفريق بين الكفالة والضمان، فيعرفون الكفالة بقولهم: «هي التزام رشيد إحضار من عليه حق ماليّ لربه»[(٤)]، وبهذا فهم يخصّون الكفالة بالأبدان بعكس الضمان، ومع هذا التفريق فإنهم يجيزون انعقاد الكفالة بأي لفظ من ألفاظ الضمان لأنها نوع منه، فالضمان عام والكفالة خاصة[(٥)].

التعريف المختار:

من خلال النظر في تعريفات الفقهاء نجد أنها متقاربة الدلالة لمفهوم الكفالة، واستخدام الفقهاء للفظي الكفالة أو الضمان ليس له وجه؛ لأن الكفالة في اللغة هي الضمان، ومفهوم الضمان يعبر به عن الكفالة اصطلاحاً. فما الضمان إلا أثر للكفالة ولا مانع من التعبير عن الشيء بأثره، يقول السرخسي: «وهذا العقد اسمه الكفالة وموجبه الضمان»[(٦)]، فالكفالة والضمان والحمالة وغيرها من الألفاظ المرادفة كلها بمعنى واحد ولا فرق بينها.

---

(١) المبدع ٤/ ٢٤٨، والإنصاف ٥/ ١٨٩، والمغني ٥/ ٧٠.

(٢) المغني ٤/ ٥٣٤.

(٣) مطالب أولي النهى ٣/ ٢٩٢، والروض المربع ٢/ ١٨٠، وكشاف القناع ٣/ ٣٦٢.

(٤) الروض المربع ٢/ ١٨٦.

(٥) انظر: مطالب أولي النهى ٣/ ٣١٤.

(٦) المبسوط للسرخسي ١٩/ ١٦٨.

والشيء البارز الذي اختلفت فيه هذه التعاريف هو أثر الكفالة في الدين المكفول به من جهة انتقاله إلى ذمة الكفيل، أو بقائه في ذمة الأصيل مع ثبوته في ذمة الكفيل أيضاً، أو بقائه في ذمة الأصيل فقط مع مطالبة الكفيل به فقط. فالحنفية في تعريفهم المختار يرون أن الدين لا ينتقل من ذمة الأصيل إلى ذمة الكفيل، ولا تنشغل به مع ذمة الأصيل، وإنما يطالب الكفيل به فقط.

والجمهور من الشافعية والمالكية والحنابلة وبعض الحنفية يرون أن الدين يبقى في ذمة الأصيل مع ثبوته في ذمة الكفيل وتعلقه بها، ومن ثم يطالب به على هذا الأساس.

وبعد استعراض عبارات الفقهاء يجد الباحث أن تعريف صاحب مرشد الحيران من الحنفية وهو: « ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة بنفس أو دين أو عين»[١]؛ لأنه الأوضح والأشمل لمفهوم الكفالة.

أقسام الكفالة:

تنقسم الكفالة إلى قسمين: الكفالة بالمال، والكفالة بالنفس.

القسم الأول: الكفالة بالمال:

تعريفها: عرفها الحنفية في المجلة بأنها: الكفالة بأداء المال ككفالة أحد مالاً مغصوباً أو ديناً صحيحاً[٢].

القسم الثاني: الكفالة بالنفس:

تعريفها: عرفها المالكية بقولهم: هي الالتزام بالإتيان بالغريم عند الأجل[٣]، وعند الشافعية هي: التزام إحضار المكفول إلى المكفول له للحاجة[٤]، وعرفها الحنابلة بأنها: التزام رشيد برضاه إحضار مكفول به تعلق به حقٌ مالي[٥].

(١) مرشد الحيران، لمحمد قدري باشا، مادة: ٨٢٢.

(٢) مجلة الأحكام العدلية مادة: ٦١٤.

(٣) الشرح الصغير ٢/ ١٦٣.

(٤) مغني المحتاج ٢/ ٢٠٣.

(٥) كشاف القناع ٣/ ٣٧٥.

تدور هذه التعاريف حول معنى واحد وإن اختلفت ألفاظها، فمفادها جميعاً ضرورة إحضار بدن مطلوب لغريمه عند الحاجة، ويسمى هذا النوع من الكفالة: الكفالة بالنفس وبالوجه وبالبدن.

المطلب الثاني
مسألتان في الكفالة وبيان أثر المصلحة المرسلة في مشروعيتها

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: الكفالات المصرفية:

تعريفها:

الكفالة المصرفية: هي تعهد نهائي يصدر من البنك بناءً على طلب عميله بدفع مبلغ نقدي معين (أو قابل للتعيين) إلى المستفيد بمجرد أن يطلب المستفيد ذلك[١]. وتعرف أيضاً: بأنها ضم ذمة البنك (الكفيل) إلى ذمة عميله في ضمان الوفاء بالتزام المكفول[٢].

أشكال الكفالات المصرفية:

للكفالات المصرفية أشكال وصور متعددة ومختلفة، ومن أهم هذه الصور ما يلي[٣]:

١- **كفالة المناقصة**: وهي تعهد يعطيه بنك أو شركة تأمين أو طرف آخر (الكفيل) بناء على طلب مناقص (العميل) يتعهد بموجبه الكفيل أن يقدم إلى المستفيد دفعة ضمن حدود مبلغ محدد من المال في حالة تقصير العميل في الواجبات الناتجة عن تقديم مناقصة.

٢- **كفالة التنفيذ**: وهي تعهد يعطيه بنك أو شركة تأمين أو طرف آخر (الكفيل) بناء على طلب مورد بضائع أو مقدم خدمات أو متعهد آخر (العميل)، يتعهد بموجبه الكفيل أن يقدم إلى المستفيد دفعة ضمن حدود مبلغ محدد من المال في حالة تقصير العميل في التنفيذ.

---

(١) الكفالات الشخصية والكفالات المصرفية: إبراهيم بكر، ص: ١٣.

(٢) عمليات البنوك: محمود الكيلاني، ١/ ٢٧.

(٣) الكفالات الشخصية: ص٤٩ وما بعدها.

٣- **كفالة التسديد**: وهي تعهد يعطيه بنك أو شركة تأمين أو طرف آخر (الكفيل) بناء على طلب (العميل)، يتعهد بموجبه الكفيل أن يقدم إلى المستفيد دفعة ضمن حدود مبلغ محدد من المال في حالة تقصير العميل في تسديد المستفيد بموجب العقد الجاري بين العميل والمستفيد.

انتهاء الكفالة المصرفية:

تنتهي الكفالة المصرفية بشكل عام وبغض النظر عن صورتها في حالة انتهاء المدة المحددة للمطالبة، فإذا لم يستلم الكفيل مطالبة بدفع الكفالة وذلك أثناء سريانها وصلاحيتها، فإن هذه الكفالة تعد منتهية.

المسألة الثانية: خطابات الضمان:

تعريفه:

عرفه الدكتور علي السالوس بأنه: تعهد كتابي، يتعهد بمقتضاه المصرف بكفالة أحد عملائه (طالب الإصدار) في حدود مبلغ معين تجاه طرف ثالث، بمناسبة التزام ملقى على عاتق العميل المكفول، وذلك ضماناً لوفاء هذا العميل بالتزامه تجاه ذلك الطرف خلال مدة معينة، على أن يدفع المصرف المبلغ المضمون عند أول مطالبة خلال سريان خطاب الضمان، دون الالتفات لما قد يبديه العميل من المعارضة[(١)].

وعرفه قانون التجارة المصري [م:٣٠١] بأنه: تعهد بات يصدر من المصرف بناء على طلب شخص يسمى الآمر بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لمجرد أن يطلب المستفيد ذلك[(٢)].

وعليه فإن خطاب الضمان صورة من الصور العملية للكفالة بالمال، يكون الكفيل فيها هو البنك أو أي مؤسسة مصرفية، والمكفول عنه هو العميل لهذا البنك، والمكفول له هو المستفيد عند تقصير العميل.

---

(١) الكفالة في ضوء الكتاب والسنة: د. علي السالوس، ص٥٩٧، جامعة قطر، مجلة حولية كلية الشريعة، العدد الرابع، ١٩٨٥م.

(٢) النظام القانوني لخطابات الضمان: د. سميحة القليوبي: ص١٣.

والفرق بين خطاب الضمان والكفالة: أن الكفالة: ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ الالتزام أو الدين، أي إن الكفيل يتعهد للدائن بوفاء الدين إذا لم يوف به المدين نفسه.

وخطاب الضمان يتضمن معنى الكفالة، فكل منهما يراد به تحقيق غاية تأمينية، هدفها مساعدة العميل في تقوية مركزه الائتماني تجاه المكفول له أو الشخص المستفيد[١].

ويفترقان من أوجه أهمها[٢]:

١ - يكون البنك في خطاب الضمان مستقلاً في التزامه عن أية علاقة أخرى، أو معارضة يبديها العميل، في حين أن التزام الكفيل في الكفالة غير مستقل.

٢ - يكون التزام البنك في خطاب الضمان باتاً نهائياً في مواجهة المستفيد، فليس للبنك الرجوع عن هذا الالتزام، في حين أن الكفيل له حق الرجوع عن الكفالة.

٣- لا يلتزم البنك في خطاب الضمان بإخطار عميله بعزمه على الوفاء بقيمة الخطاب، في حين أن الكفيل يخطر المكفول له بأنه سيدفع قيمة الدين المكفول به.

أنواع خطاب الضمان:

لخطاب الضمان أنواع باعتبارات مختلفة[٣]:

التقسيم الأول: بحسب التغطية وعدمها:

ينقسم إلى خطاب مغطى بغطاء كامل، وخطاب مغطى بغطاء جزئي.

الخطاب المغطى بغطاء كامل: فهو الذي غُطيت قيمته كلها من قبل العميل، ويراد بالغطاء: التأمين العيني أو النقدي.

---

(١) تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية: د. سامي حمود: ص٣٢٥.

(٢) المعاملات المالية المعاصرة: شبير: ص٢٩٥.

(٣) المعاملات المالية المعاصرة: شبير، ص٢٩٦-٢٩٧، وموقف الشريعة من المصارف الإسلامية المعاصرة: د. عبد الله العبادي: ص ٣١٣، والكفالة في ضوء الكتاب والسنة ص٥٩٧، والفتاوى الشرعية للبنك الإسلامي ٢/ ٦٠، ومبادئ وتطبيقات العمل المصرفي الإسلامي، عبد اللطيف جناحي، ص٦٤.

وأما **الخطاب المغطى بغطاء جزئي**: فهو الذي لا تغطى قيمته كلها، وإنما جزء منها.

ويودع مبلغ الغطاء الكلي أو الجزئي في حساب خاص يسمى (احتياطي خطاب الضمان) ويمنع العميل من التصرف فيه حتى ينتهي التزام البنك الناشئ من خطاب الضمان.

التقسيم الثاني: بحسب الغرض منه:

ينقسم إلى خطاب ضمان ابتدائي، وخطاب ضمان نهائي.

خطاب الضمان الابتدائي: فهو تعهد لضمان جدية العميل للعطاء في المناقصات والمزايدات، وهو يمثل نسبة ضئيلة من حجم المشروع لا تتجاوز غالباً ١٠٪ وينتهي بمجرد إحالة العطاء على متعهد آخر غير مقدمه.

وأما خطاب الضمان النهائي: فهو تعهد بعد التعاقد، يراد به ضمان قيام الشخص بتنفيذ العمل بحسب مواصفات العقد.

التقسيم الثالث بحسب التقييد والإطلاق:

ينقسم إلى خطاب مشروط، وخطاب غير مشروط.

خطاب الضمان المشروط: هو الخطاب المشروط دفع قيمته بعجز العميل عن الدفع للمستفيد، أو عدم الوفاء بالالتزامات بسبب تقصيره. ويجب على المستفيد تقديم مستندات تثبت ادعاء العجز أو التقصير، ولا يقبل أي طعن مقدم من العميل.

وأما خطاب الضمان غير المشروط: فهو الذي لا يشترط فيه وجود عجز العميل أو تقصيره، ويستحق المستفيد الدفع بمجرد تقديمه للبنك، ولا عبرة بالطعن أيضاً من قبل العميل.

التكييف الشرعي للكفالة المصرفية وخطاب الضمان:

خطاب الضمان شكل من أشكال الكفالة المصرفية، وبالنسبة للكفالة المصرفية بشكل عام، ومن خلال النظر في تعريف الكفالة المصرفية ومقارنة ذلك مع التعريف الفقهي للكفالة[1]، نجد التوافق في هذه التعاريف، فحقيقة الكفالة أينما وجدت، هي: التزام

---

(١) انظر: ص٣٦٩-٣٧٣ من هذا الكتاب.

وتعهد شخص قادر مكلف على تسديد ما يترتب على المكفول عنه من التزامات وحقوق تجاه الطالب، ولذا فإن الكفالة المصرفية تتفق وروح الشريعة الإسلامية في ضمان الأموال والحقوق التي هي من المقاصد الشرعية الخمسة.

ويتردد الحكم على هذه الخطابات بين أن تكون وكالة أو كفالة، ولا مانع من إصدارها لاتفاقها وأحكام الشريعة في كونها شكلاً آخر للكفالة (المصرفية)، ويتحقق ذلك إذا كان خطاب الضمان خالياً عن أي غطاء نقدي، وبعكس ذلك وفي حالة إيداع غطاء نقدي لخطاب الضمان فهو وكالة، والوكالة عقد شرعي معمول به لقضاء وتيسير حوائج الناس، وله أحكامه الفقهية الخاصة به[1].

لكن الإشكال في أخذ الأجر أو العمولة، فإن كانت بمثابة الوكالة، جاز للمصرف أخذ الأجر، عملاً بمبدأ مشروعية الوكالة بأجر. أما لو كانت كفالة فلا يجوز أخذ الأجر عليها، أخذاً بقول جمهور العلماء القائلين بأن الكفالة مشروعة تبرعاً.

ودليل الجمهور على عدم جواز أخذ الأجر على الكفالة: أن الكفالة قرض بالمال على المدين، فإن رده مع زيادة كان رباً، ووجود الزيادة على القرض بالشرط يكون شرطاً باطلاً، وحينئذ أخذ المصرف الأجر على الكفالة زيادة على ما أقرضه كسباً غير مشروع.

والواقع أن إصدار المصرف خطاب الضمان غير المغطى هو في الواقع كفالة واضحة المعالم، فلا يجوز أخذ الأجر عليها وأما إذا كان الخطاب مغطى تغطية جزئية، فهو في الواقع مجرد وكالة في الجزء المغطى، وكفالة في الجزء غير المغطى، وحينئذ يجوز في حالة توافر صفة الوكالة أخذ الأجر على الخطاب.

وهذا ما أخذ به **مجمع الفقه الإسلامي الدولي في قراره رقم**: ١٢(١٢/ ٢) أي في الدورة الثانية في جدة عام ١٤٠٦هـ/ ١٩٨٥م **ونصه**:

---

(١) انظر أحكام الوكالة في: البدائع ٦/ ١٩، وجواهر الإكليل ٢/ ١٢٥، والمغني ٥/ ٢٠١، ونهاية المحتاج: ٥/ ١٥.

أولاً: إن خطاب الضمان بأنواعه الابتدائي والانتهائي لا يخلو إما أن يكون بغطاء أو من دونه، فإن كان من دون غطاء، فهو: ضم ذمة الضامن إلى ذمة غيره فيما يلزم حالاً أو مالاً، وهذه هي حقيقة ما يراد في الفقه الإسلامي باسم: الضمان أو الكفالة.

وإن كان خطاب الضمان بغطاء، فالعلاقة بين طالب خطاب الضمان وبين مصدره هي: الوكالة، والوكالة تصح بأجر أو من دونه، مع بقاء علاقة الكفالة لصالح المستفيد (المكفول له).

ثانياً: إن الكفالة: هي عقد تبرع يقصد به الإرفاق والإحسان، وقد قرر الفقهاء عدم جواز أخذ العوض على الكفالة، لأنه في حالة أداء الكفيل مبلغ الضمان يشبه القرض الذي جر نفعاً على المقرض، وذلك ممنوع شرعاً.

والقرار هو ما يأتي:

أولاً: إن خطاب الضمان لا يجوز أخذ الأجر عليه لقاء عملية الضمان، والتي يراعى فيها عادة مبلغ الضمان ومدته – سواء أكان بغطاء أم من دونه.

ثانياً: إن المصاريف الإدارية لإصدار خطاب الضمان بنوعيه جائزة شرعاً مع مراعاة عدم الزيادة على أجر المثل، وفي حالة تقديم غطاء كلي أو جزئي، يجوز أن يراعى في تقدير المصاريف لإصدار خطاب الضمان ما قد تتطلبه المهمة الفعلية لأداء ذلك الغطاء.

والخلاصة: إن خطاب الضمان دون غطاء كامل يعد كفالة، وهي تبرع، فلا يؤخذ عنها أجر. وإذا كان له غطاء نقدي كامل لدى المصرف، فهو وكالة عن الشخص المكفول، وكفالة للمكفول له (المستفيد) وفي حالين يجوز للمصرف الإسلامي أن يأخذ أجراً على خطاب الضمان بمقدار جهده وإجراءات عمله، دون أن يربط الأجر بمقدار المبلغ الذي يصدر به خطاب الضمان. ولا يجوز أخذ أجر على خطاب الضمان غير المغطى بنسبة مبلغ الضمان.

«ويشترط لإصدار أي خطاب ضمان شرعاً أن يكون الموضوع الذي من أجله طلب الخطاب مشروعاً غير ممنوع شرعاً»[١].

وهذا ما أكدت عليه الفتوى الصادرة عن ندوة البركة الثالثة للاقتصاد الإسلامي المنعقدة بإسطنبول ١٤٠٦هـ/ ١٩٨٥م، والتي تنص على أن خطاب الضمان إذا كان بدون غطاء نقدي كامل فهو كفالة ويخضع لأحكامها، وإذا قدم له غطاء نقدي كامل لدى البنك فهو وكالة بالنسبة للشخص المكفول، وأما بالنسبة للجهة المكفول لها فإن خطاب الضمان حينئذ كفالة[٢].

وإنه يجوز للبنك في جميع الأحوال أن يأخذ أجراً على خطاب الضمان بمقدار ما يبذله من جهد وعمل إجرائي دون أن يربط الأجر بنسبة المبلغ الذي يصدر به خطاب الضمان[٣].

وفي قرارات مؤتمر المصرف الإسلامي والمنعقد في دبي ١٩٧٩م، جاء ما يؤكد مضمون ما قرره مجمع الفقه الإسلامي الدولي[٤].

وفي الندوة الفقهية الأولى لبيت التمويل الكويتي والمنعقدة عام ١٤٠٧هـ/ ١٩٨٧م جاء ضمن قراراتها، وفيما يتعلق بخطاب الضمان المصرفي فإن: الأجر الذي يأخذه المصرف الإسلامي عن إصدار خطابات الضمان يكون مقابل الأعمال التي يقوم بها المصرف لإصدار الخطاب وليس مقابل الضمان الذي يوفره هذا الخطاب لعميل المصرف[٥].



(١) المعاملات المالية المعاصرة: د. وهبة الزحيلي: ص٤٧٠-٤٧٢.

(٢) الفتاوى الشرعية في الاقتصاد، مجموعة البركة: ص٤٧.

(٣) فقه النوازل: محمد بن حسين الجيزاني: ص١٩١.

(٤) مبادئ وتطبيقات العمل المصرفي الإسلامي: عبد اللطيف جناحي: ص٨٥.

(٥) الفتاوى الشرعية للبنك الإسلامي الأردني ٢/ ٦٠.



الفصل الرابع

أثر المصلحة المرسلة في عقود الشركات

ويشتمل على مدخل وثلاثة مباحث:

مدخل: وفيه تعريف الشركة لغة واصطلاحاً.

المبحث الأول: أثر المصلحة المرسلة في شركة المضاربة.

المبحث الثاني: أثر المصلحة المرسلة في الأسهم والسندات.

المبحث الثالث: أثر المصلحة المرسلة في التأمين.

مدخل

تعريف الشركة لغة واصطلاحاً

الشركة في اللغة: مصدر من شرك يشرك شركاً وشركة، وشركت بينهما في المال وأشركته جعلته شريكاً[(١)].

والشِّرْكَة والشَّرِكَة سواء، وهي مخالطة الشركاء، والشريك هو المشارك وهو الداخل مع غيره في عمل أو أي أمر كان، ويجمع شريك على أشراك وشركاء[(٢)].

وقد ورد في المعنى اللغوي قوله ﷻ: ﴿وَأَشْرِكْهُ فِىٓ أَمْرِى﴾[(٣)]، وفي الحديث: قوله ﷺ: **(الناس شركاء في ثلاث الكلأ والماء والنار)**[(٤)].

وتطلق الشركة على خلط المالين[(٥)]، وتطلق على خلط الشريكين أي فعلهما، وتطلق كذلك على العقد نفسه؛ لأنه سبب الخلط.

الشركة في الاصطلاح: للشركة بمعناها العام تعريفات عدة عند الفقهاء منها:

١ - الحنفية: أنها: اختصاص اثنين فأكثر بمحل واحد[(٦)]. وهو شامل لجميع أقسام الشركة، شركة الأملاك سواء كان عيناً أو ديناً وشركة العقد سواء كانت بالعمل أو المال أو غير ذلك.

---

(١) المصباح المنير: الفيومي، مادة (شرك).

(٢) معجم متن اللغة: الشيخ أحمد رضا: ٣/ ٣١٢.

(٣) سورة طه، الآية [٣٢].

(٤) رواه أبو داود في سننه ٣/ ٢٧٨، رقم ٣٤٧٧ بلفظ: (المسلمون شركاء في ثلاث...)، قال الألباني في إرواء الغليل ٦/ ٦ رقم ١٥٥٢: حديث صحيح، ورواه ابن ماجه في سننه ٢/ ٨٢٦، كتاب: الرهن، باب: المسلمون شركاء في ثلاث، رقم ٢٤٧٢، ورواه الهيثمي في بغية الباحث عن زوائد مسند الحارث ١/ ٥٠٨، باب: الناس شركاء في ثلاث، رقم ٤٤٩.

(٥) الدر المنتقى شرح ملتقى الأبحر: محمد علاء الدين الإمام ١/ ٧٢٢.

(٦) الدر المنتقى شرح ملتقى الأبحر: محمد علاء الدين الإمام ١/ ٧٢٢.

٢- **المالكية**: قال ابن عرفة: تقرر متمول بين مالكين فأكثر ملكاً فقط[١]. وهو يشمل جميع أنواع الشركة، عدا شركة الذمم (الوجوه) فهي ممنوعة عند المالكية.

٣- **الشافعية**: أنها: ثبوت الحق لاثنين فأكثر على جهة الشيوع[٢]. وهذا التعريف شامل لأنواع الشركة كلها.

٤- **الحنابلة**: قال ابن قدامة: هي: الاجتماع في استحقاق أو تصرف[٣]. وهو المشهور عند الحنابلة. وهو تعريف جامع لأنواع الشركة، فقوله «الاجتماع في استحقاق» يشمل جميع أنواع شركة الملك سواء الاستحقاق بالإرث أو الوصية أو الهبة أو الغنيمة أو الشراء أو نحو ذلك، وقوله (أو تصرف) يشمل جميع أنواع شركات العقد، سواء كانت مالية أو بدنية (أعمال) أو قائمة على التعامل بالجاه (وجوه).

مما سبق يتبين أن للشركة إطلاقات ثلاثة، تتحقق بهم الشركة الشرعية، وهم الاختلاط والخلط والعقد نفسه[٤]، وكل هذه المعاني متحققة في المعنى الاصطلاحي.

وعليه فإننا لا نطيل الحديث عن أقسام الشركة وأنواعها ومشروعيتها؛ وإنما نقصر ذلك في الحديث عما له علاقة بموضوعنا. وبناءً على ذلك فإن هذا الفصل يشمل المباحث التالية:

المبحث الأول: أثر المصلحة المرسلة في شركة المضاربة.

المبحث الثاني: أثر المصلحة المرسلة في الأسهم والسندات.

المبحث الثالث: أثر المصلحة المرسلة في التأمين.

---

(١) شرح الخرشي على مختصر خليل: ٦/ ٣٨.

(٢) تكملة المجموع شرح المهذب: محمد نجيب المطيعي ١٣/ ٥٠٥.

(٣) المغني: ٥/ ٣.

(٤) حاشية رد المحتار على الدر المختار: ٤/ ٢٩٨.

المبحث الأول
أثر المصلحة المرسلة في شركة المضاربة

وفيه مطلبان:

المطلب الأول
تعريف المضاربة لغة واصطلاحاً

(أ) المضاربة في اللغة:

المضاربة مصدر على وزن مفاعلة، من الفعل «ضارب». والضرب يأتي على معانٍ، منها:

١- ضرب بمعنى سار[١]، وسافر: ضرب في الأرض، يضرب، ضرباً: خرج فيها تاجراً، أو غازياً. وقيل: أسرع. وقيل: ذهب فيها. وقيل: سار في ابتغاء الرزق. وضربت في الأرض: أبتغي الخير من الرزق، يقول الله ﷻ: ﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي ٱلْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَقْصُرُوا۟ مِنَ ٱلصَّلَوٰةِ إِنْ خِفْتُمْ﴾[٢].

٢- ضرب بمعنى كسب، وطلب[٣]: يقال: فلان يضرب المجد أي يكسبه ويطلبه.

وأما تسميتها بالمضاربة ففيه تأويلان[٤]:

أحدهما: لأن كل واحد منهما يضرب في الربح بسهم.

والثاني: لأن العامل يتصرف فيها برأيه واجتهاده، مأخوذ من قولهم: فلان يصرف الأمور ظهراً لبطن، ومنه قوله ﷻ: ﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي ٱلْأَرْضِ..﴾[٥]؛ أي تفرقتم فيها بالسفر.

---

(١) لسان العرب: ٢/ ٣٢.

(٢) سورة النساء، من الآية [١٠١].

(٣) لسان العرب: ٢/ ٣٢.

(٤) المضاربة: الماوردي، تحقيق: عبد الوهاب حواس: ص٩٨-٩٩.

(٥) سورة النساء، من الآية [١٠١].

تعريف القراض:

القراض والمقارضة: مصطلحان فقهيان لمسمى واحد[١]، وهو المضاربة. والقراض اسم مشتق من قرض قرضاً، والقرض يأتي على معانٍ، منها:

١ - ما يعطيه الرجل أو يفعله، ليجازى عليه[٢].

٢ - القطع: يقال: قرضه يقرضه - بكسر الراء - وقرَّضه - بالتشديد - إذا قطَّعه[٣].

وفي تسميته تأويلان[٤]:

أحدهما: لأن رب المال قد قطعه من ماله، والقطع يسمى قرضاً، ولذلك سُمي سلف المال قرضاً.

والثاني: لأن لكل واحد منهما صنعاً كصنع صاحبه، في بذل المال من أحدهما، ووجود العمل من الآخر.

شركة المضاربة في الاصطلاح:

للفقهاء تعريفات عديدة لشركة المضاربة أو القراض، منها:

١ - الحنفية: عرفوها بأنها: «عقد على الشركة، بمال من أحد الجانبين، والعمل من الجانب الآخر»[٥].

٢ - المالكية: لهم تعريفات عدة، منها:

---

(١) انظر: المضاربة: الماوردي، ت: حواس، ص٩٨؛ وحلية الفقهاء: لأبي الحسين أحمد بن فارس: ص١٤٧.

(٢) لسان العرب: ٩/ ٨٣.

(٣) المصدر السابق.

(٤) المضاربة: الماوردي: ص٩٨.

(٥) تكملة فتح القدير على شرح الهداية: قاضي زادة: ٧/ ٥٧.

(أ) «دفع مالكٍ مالاً من نقد مضروب، مسلم، معلوم، لمن يتجر به، بجزء معلوم من ربحه، قل، أو كثر، بصيغة»[1].

(ب) «القراض هو أن يدفع رجل مالاً لآخر، ليتجر به ويكون الربح بينهما، حسبما يتفقان عليه»[2].

٣- **الشافعية**: عرفوها بأنها: «أن يدفع إليه مالاً، ليتجر فيه، والربح مشترك بينهما»[3]. وقيل: «هو عقد يتضمن دفع مال لآخر، ليتجر له فيه، والربح بينهما»[4].

٤- **الحنابلة**: عرفوها بأنها: «هي أن يدفع رجل ماله إلى آخر، يتجر له فيه، على أن ما حصل من الربح بينهما حسبما يشترطانه»[5]. وقيل: «هي دفع مال معلوم، لمتجر به، ببعض ربحه»[6].

المطلب الثاني
مسألتان في المضاربة وبيان أثر المصلحة المرسلة في مشروعيتها

المسألة الأولى: المضاربة المشتركة

للمضاربة المشتركة ثلاث صور، هي:

الأولى: أن يكون رب المال واحداً والعامل متعدداً، كأن يضارب لرب المال جماعة من الخبراء في إدارة المال واستثماره ويعملوا فيه مجتمعين، ويكون لهم نصيب معين مشاع من الربح يقتسمونه بينهم.

---

(١) الشرح الصغير على أقرب المسالك: الدردير ٣/ ٦٨١.

(٢) قوانين الأحكام الشرعية: ابن جزي: ص٣٠٩.

(٣) نهاية المحتاج: الرملي ٤/ ٦١.

(٤) أسنى المطالب شرح روض الطالب: زكريا الأنصاري ٢/ ٣٨٠.

(٥) المغني: ابن قدامة ٥/ ٢٦.

(٦) حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع: عبد الرحمن بن قاسم النجدي ٥/ ٢٥٤.

الثانية: أن يكون المضارب واحداً ويكون أرباب الأموال متعددين، كأن يضارب لرب المال عامل، ثم يأتي رب مال آخر فيضارب له العامل ذاته، وهكذا... فيضارب لهم جميعاً هذا العامل، على أن له نسبة معينة من ربح هذه الأموال، ثم قد يكون ذلك منهم جميعاً في عقد واحد، أو على التتابع في عقود مختلفة، وقد يكون ذلك كله قبل عمل المضارب في المال الأول، أو بعده أو أثناء عمله فيه.

الثالثة: أن يكون كل من رب المال والعامل متعددين[١].

والصورة الثانية هي المعنية بالدراسة، لأنها هي المطبقة في المؤسسات الاستثمارية الإسلامية.

تكييف العلاقة بين أشخاص المضاربة المشتركة:

أولاً: العلاقة بين أطراف المضاربة ثلاثية:

يذهب بعض الباحثين المعاصرين إلى القول بأن العلاقة بين أشخاص المضاربة المشتركة ثلاثية.

يقول باقر الصدر: «.. إن الأعضاء المشتركين في المضاربة ثلاثة: المودع بوصفه صاحب المال ونطلق عليه (المضارب)، والمستثمر بوصفه عاملاً، ونطلق عليه (العامل أو المضارب)، البنك بوصفه وسيطاً بين الطرفين، ووكيلاً عن صاحب المال في الاتفاق مع العامل»[٢].

ويقول أيضاً: « حقوق البنك: إن العضو الثاني يتمثل في البنك وهو في الواقع ليس عضواً أساسياً في عقد المضاربة، لأنه ليس هو صاحب المال ولا صاحب العمل أي

---

(١) عقد المضاربة في الفقه الإسلامي: الرماني: ص٩١.

(٢) البنك اللاربوي: باقر الصدر: ص٢٦ "باختصار".

المستثمر، وإنما يتركز دوره في الوساطة بين الطرفين... وهذه الوساطة.. من حقه أن يطلب مكافأة عليها على أساس الجعالة وتتمثل في أمرين:

الأول: أجر ثابت على العمل يمكن أن يفرض مساوياً لمقدار التفاوت بين سعر الفائدة التي يعطيها البنك الربوي وسعر الفائدة التي يتقاضاها، مطروحاً منها زيادة حصة المودع من الربح على سعر فائدة الوديعة.

الثاني:.. أن يكون للبنك زائداً على ذلك الأجر الثابت جعالة مرنة على العامل المستثمر، تتمثل في إعطاء البنك الحق في نسبة معينة من حصة العامل في الربح.. »[1].

وبالنظر في هذا التكييف، نجد أنه أثبت للبنك (المضارب المشترك) دورين في هذه العملية، أولهما الوساطة بين أرباب الأموال والعاملين فيها، وأما الدور الثاني فيتمثل في تصرفه في أموال المضاربة وكيلاً عن أصحابها، وفضلاً عن هذا فإن البنك يتبرع بضمان أموال المضاربة دون اشتراط من أربابها ومن العاملين فيها. والبنك بوصفه وسيطاً وعضواً غير أساسي يستحق جعالة مكافأة له على وساطته وعمله، كما يستحق نسبة معينة من حصة العامل في الربح.

ويقول الدكتور سامي حمود في **تكييف العلاقة بين أطراف هذه المضاربة**: « أما المضاربة المشتركة، فإنها تضم ثلاث علاقات مترابطة تمثل مالك المال، والعاملين فيه، والجهة الوسيطة بين الفريقين.. ويتمثل الفريق الأول.. بجماعة المستثمرين وهم الذين يقدمون المال – بصورة انفرادية –.. وأما الفريق الثاني، فإنه يتمثل بجماعة المضاربين وهم الذين يأخذون المال منفردين أيضاً.. وأما الفريق الثالث، فإنه يتمثل في الشخص أو الجهة التي تكون مهمتها التوسط بين الفريقين لتحقيق التوافق والانتظام في توارد الأموال،

---

(١) البنك اللاربوي: باقر الصدر: ص٤١ - ٤٣ بتصرف واختصار.

وإعطائها للراغبين من الفريق الثاني للعمل فيها بالمضاربات المعقودة مع كل منهم على انفراد.. ولهذ الفريق أهميته التي تتمثل في صفته المزدوجة التي يبدو فيها مضارباً بالنسبة للمستثمرين وهم أصحاب الأموال من ناحية، كما أنه يبدو كمالك المال بالنسبة للمضاربين من ناحية ثانية»(١).

وانطلاقاً من هذا التحديد للعلاقة، فإن البنك (المضارب المشترك) يعتبر وسيطاً، كما يعتبر في حكم الأجير المشترك الذي يضمن الأموال التي تودع عنده، وضمانه للأموال ليس من باب التبرع(٢).

وعلى هذا فإن المضارب المشترك يستحق – عند الدكتور حمود – نسبة من الربح مقابل ضمانه أموال المضاربة خلافاً لما قرره باقر الصدر بأنه يستحق الأجر والربح معاً مقابل وساطته وعمله لا مقابل ضمانه الذي اعتبره تبرعاً لا يستحق أجراً أو مكافأة عليه.

وقريباً مما ذهبا إليه، يرى الدكتور رفيق المصري أن البنك يعتبر وسيطاً ووكيلاً، والعلاقة الفعلية هي بين أرباب الأموال (المودعين) الذين يتحركون من خلال البنك، وبين رجال الأعمال المستثمرين (المضاربين)(٣). والأثر المترتب على هذا التكييف أن البنك بوصفه وسيطاً لا عاملاً أو شريكاً، يستحق أجراً أو عمولة مقابل وساطته أو وكالته، وليس له شيء من الربح، وإنما الربح للمودعين ورجال الأعمال المستثمرين.

---

(١) انظر: تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية: د/ سامي حمود: ص٣٩٣- ٣٩٤ باختصار.

(٢) المرجع السابق: ص٣٩٩- ٤٠٢.

(٣) انظر: مصرف التنمية الإسلامي: د/ رفيق: ص٢٥٠.

ثانياً: العلاقة بين أطراف المضاربة ثنائية:

ويذهب زمرة من الباحثين المعاصرين[١] إلى تكييف المضاربة المشتركة بأن هناك علاقتين، العلاقة الأولى فيما بين أرباب الأموال أنفسهم، والعلاقة الثانية فيما بين أرباب الأموال والمضارب.

والظاهر من تكييف العلاقة الأولى بين أرباب الأموال أنفسهم هي شركة عقد على أساس العنان، ويجوز فيها تفاوت نسب الأرباح عند الحنفية[٢] والحنابلة[٣]، وهذا إذا كان الشريكان يمارسان التجارة بنفسيهما، أما إذا كان المقصود من الشركة أن يعطيا المال إلى آخر مضاربة، كما في مسألتنا، فإن إعطاء المال إلى المضارب وتعاملهما معه هو العمل الذي يباشره الشريكان للشركة، فليس هو من الشركة التي اشترط فيها العمل على أحد الشريكين، فجاز التفاوت في نسب الأرباح على الشرط الذي شرطه الحنفية في عبارة الكاساني، حيث يقول: « وإن كان المالان متساويين فشرطا لأحدهما فضلاً على ربح، ينظر إن شرطا العمل عليهما جميعاً جاز، والربح بينهما على الشرط في قول أصحابنا الثلاثة...، وإن شرطا العمل على أحدهما، فإن شرطاه على الذي شرطا له فضل الربح جاز والربح بينهما على الشرط...، وإن شرطاه على أقلهما ربحاً لم يجز »[٤]، وصار كما اتفق الشريكان

---

(١) هو: الدكتور محمد تقي العثماني ابن المفتي محمد شفيع، من علماء باكستان، له كتابات معاصرة في الأصول والفقه، ويدرّس في دار العلوم في كراتشي. انظر ما ذهب إليه: المضاربة المشتركة في المؤسسات المالية الإسلامية المعاصرة: د/ محمد تقي العثماني (جدة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، د١٣، ع١٣) ٣/ ١٣.

(٢) بدائع الصنائع: الكاساني: ٥/ ٦٢- ٦٣.

(٣) المغني: لابن قدامة ٥/ ١٤٠

(٤) بدائع الصنائع: ٥/ ٦٢- ٦٣.

على أن يستأجرا رجلاً يمارس التجارة لهما كأجير، فعمل الشريكين هو الاستئجار والتعامل مع الأجير.

كما يظهر أن هذه العلاقة شركة ملك، كما اعتبرها المالكية، يقول ابن رشد:«.. فكذلك هذان المالان له أن يخلطهما بعد إذن صاحبيهما، تحرياً للعدل فيما بينهما ولما يرجو من استغزار الربح بخلطهما، واستئذانهما أحسن إذ قد يكره كل واحد منهما ذلك لما يعتقده أن ماله أطيب من مال الآخر، فإن خلطه بغير اختيار صاحبيهما لم يلزمه في ذلك ضمان، إذ لا ضرر في خلطهما على واحد منهما، ولا وجه من وجوه التضييع، وبالله التوفيق »[1]، لأنهم لم يشترطوا على المضارب إذا أخذ المال من رجلين أن يستأذنهما، وإنما جعلوا الاستئذان من المستحبات، حتى إن المضارب إن لم يستأذن بخلط مال رب المال بمال رجل آخر، لم يجعلوه ضامناً، وهذا يدل على أن الشركة بين صاحبي المال شركة اضطرارية، ولا تحدث مثل هذه الشركة إلا في شركة الملك فكل ما يحصل من ربح على هذا المال المشترك المخلوط يُقسم – بعد أداء حصة المضارب – على قدر ملك كل واحد منهما في الخلطة. فلا يجوز اقتسام الربح فيما بين أرباب الأموال إلا بنسبة مساهماتهم في الوعاء، ولا يجوز التفاوت في النسب.

أما العلاقة الثانية، وهي بين أرباب الأموال والمضارب فهي علاقة مضاربة لا خفاء فيها، وقد ذكر الشافعية أنه يجوز أن تتفاوت نسبة ربح المضارب تجاه كل واحد من أرباب الأموال، بمعنى أن يكون ربح العامل من نصيب أحد منهم أقل نسبة من ربحه من نصيب الآخر.

---

(١) البيان والتحصيل: لابن رشد: ١٢/ ٣٥٠- ٣٥١.

قال النووي: «ولو قالا: لك من نصيب أحدنا من الربح الثلث، ومن نصيب الآخر الربع، فإن أبهما لم يجز، وإن عيّنا وهو عالم بقدر مال كل واحد جاز، إلا أن يشترطا كون الباقي بين المالكين على غير ما تقتضيه نسبة المالين»[(١)].

وقد انتهى الدكتور محمد عبدالله العربي في بحث له بعنوان: « التوجيه التشريعي الإسلامي » إلى أن العلاقة ثنائية في كل الأحوال، وهي علاقات منفصلة غير مترابطة، فيقول: «.. يعتبر المودعون – في مجموعهم لا فرادى – (رب المال) والبنك هو (المضارب) مضاربة مطلقة، أي يكون له حق توكيل غيره في استثمار أموال المودعين.. ويعتبر البنك بالنسبة لأصحاب المشروعات الاستثمارية الذين أمدهم بماله هو رب المال، ويعتبر أصحاب المشروعات هم المضارب.. »[(٢)]. وأما نصيب المصرف في كلتا الحالتين، فهو الربح مقابل عمله، ويتحصل عليه بعد خصمه مصاريفه العمومية «.. بما فيها أجور موظفيه وعماله، واحتياطات قد يفرضها القانون الوضعي على البنوك باعتبارها شركات مساهمة..»[(٣)].

والملاحظ فيما ذكره الدكتور محمد عبدالله العربي في تكييفه أن هذا الشكل من المضاربة يجب أن يكون مطلقاً.

وهذا ما انتهجه الدكتور حسن الأمين في تكييف العلاقة بين أطراف هذا العقد، وأكد أن العلاقة ثنائية وليست ثلاثية. فيقول: «.. العلاقة هنا بين المدخرين أصحاب الأموال التي ترد

---

(١) روضة الطالبين: النووي: ٥/ ١٢٥، وهذا الاستثناء جار على مذهب الشافعية الذين لا يجوزون تفاوت نسبة الأرباح فيما بين الشركاء، ومثله في نهاية المحتاج: الرملي: ٥/ ٢٢٨، ومغني المحتاج: الشربيني: ٢/ ٣١٥.

(٢) انظر: التوجيه التشريعي الإسلامي: د/ محمد عبد الله العربي (بحوث مؤتمرات مجمع البحوث الإسلامية): ١/ ٥٢- ٥٣ بتصرف واختصار.

(٣) المرجع السابق: ١/ ٥٣ باختصار.

إلى البنك، وبين البنك – عامل المضاربة – بهذه الأموال بنفسه مباشرة، أو بدفعها لمضارب ثانٍ. هي علاقة ثنائية، طرفاها البنك من جهة، والمدخرون من جهة أخرى، سواء أقام البنك بالعمل مضاربة بهذه الأموال، أم أعطاها إلى آخرين للعمل بها على نفس مبدأ المضاربة، على أن يكون نصيب المضارب الثاني من نصيب البنك الخاص، المتفق عليه كنسبة شائعة من الربح من أصحاب الأموال، ولو استغرق ذلك جميع نصيب البنك، من غير أن يتأثر نصيب أصحاب الأموال المتعددين بشيء من ذلك، وفي هذه الحالة الثانية، تصبح العلاقة ثنائية أيضاً بين البنك والمضارب الثاني، من جهة أخرى، ولا يكون البنك وسيطاً بين أصحاب الأموال الاستثمارية والمضارب الثاني، وإنما تنحصر علاقة المضارب الثاني مع البنك فقط باعتباره عاملاً له، ويظل البنك في هذه الحالة صاحب العلاقة بمفرده مع أصحاب الأموال الاستثمارية مسؤولاً عن هذه الأموال أمام أصحابها وضامناً لها عند التقصير أو التعدي من المضارب الثاني، على أن يكون له الحق في أن يعود عليه بما ضمن..»[1].

وبمقتضى ذلك فإن البنك يستحق الربح مقابل عمله في كلتا الحالتين، وتتفاوت نسبة ربحه بتفاوت درجات عمله.

وقد أصدر مجلس مجمع الفقه الإسلامي، المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الثالثة عشرة بدولة الكويت في الفترة من ٧ إلى ١٢ شوال ١٤٢٢هـ الموافق ٢٢- ٢٧ ديسمبر ٢٠٠١م، قراره رقم: ١٢٢ (٥/ ١٣) بشأن القراض أو المضاربة المشتركة في المؤسسات المالية (حساب الاستثمار)، جاء فيه ما نصه:

(أ) المضاربة المشتركة: هي المضاربة التي يتعهد فيها مستثمرون عديدون – معاً أو بالتعاقب – إلى شخص طبيعي أو معنوي، باستثمار أموالهم، ويطلق له غالباً الاستثمار بما

---

(١) انظر: المضاربة الشرعية: د/ حسن الأمين ٥٦ باختصار.

يراه محققاً للمصلحة، وقد يقيد بنوع خاص من الاستثمار، مع الإذن له صراحة أو ضمناً بخلط أموالهم بعضها ببعض، أو بماله، أو موافقته أحياناً على سحب أموالهم كلياً أو جزئياً عند الحاجة بشروط معينة.

(ب) **المستثمرون بمجموعهم** هم أرباب المال، والعلاقة بينهم – بما فيهم المضارب إذا خلط ماله بمالهم – هي المشاركة، والمتعهد باستثمار أموالهم هو المضارب، سواء أكان شخصاً طبيعياً أم معنوياً، مثل المصارف والمؤسسات المالية، والعلاقة بينه وبينهم هي المضاربة (القراض)، لأنه هو المنوط به اتخاذ قرارات الاستثمار والإدارة والتنظيم. وإذا عهد المضارب إلى طرف ثالث بالاستثمار فإنها مضاربة ثانية بين المضارب الأول وبين من عُهد إليه بالاستثمار، وليست وساطة بينه وبين أرباب الأموال (أصحاب الحسابات الاستثمارية).

(جـ) هذه المضاربة المشتركة مبنية على ما قرره الفقهاء من جواز تعدد أرباب الأموال، وجواز اشتراك المضارب معهم في رأس المال، وإنها لا تخرج عن صور المضاربة المشروعة في حال الالتزام فيها بالضوابط الشرعية المقررة للمضاربة، مع مراعاة ما تتطلبه طبيعة الاشتراك فيها بما لا يخرجها عن المقتضى الشرعي.

أثر المصلحة المرسلة في مشروعية المضاربة المشتركة:

إن عقد المضاربة من عقود الإرفاق والتيسير على العباد، وله دور بارز في استثمار المال بالطرق المشروعة، سواء أكان على المستوى الفردي أم على شكل شركات استثمار جماعي. والمضاربة من أهم طرق استثمار المال قديماً وحديثاً، وقد كثرت الحاجة إليها وبرزت أكثر – على أنها أفضل طرق الاستثمار – حديثاً بعد ظهور المؤسسات المالية الإسلامية، وأثبتت قدرتها على مضاهاة المؤسسات الربوية وتفوقها عليها، بعد ما كاد يعم بين الناس أن الربا هو الحل الوحيد لمشكلات الاستثمار المالي.

والمؤسسات المالية الإسلامية المعاصرة تحتاج إلى المضاربة للاستثمار الجماعي المنشود، لأن الحياة قائمة على أساس الاقتصاد.

المضاربة وسيلة من الوسائل التي يستطيع بها الفرد أن يتوصل إلى الربح الحلال عن طريق استغلال أمواله وفق نهج قويم بعيداً عن الاحتكار والغش والخداع.

كما أن في المضاربة تشغيلاً للأيدي العاطلة، وعامل من عوامل القضاء على البطالة والتسول.

ومن مزايا المضاربة في الحياة الاقتصادية: أنها تعاون رأس المال وخبرة العمل في التنمية، وحصول صاحب المال على الربح العادل الذي يتكافأ مع الدور الفعلي الذي أداه ماله في التنمية الاقتصادية، وفي ذلك تشجيع للمسلمين على إيداع أموالهم لدى هذه المؤسسات، واستثمارها بدلاً من الاكتناز المحرم.

ومن المزايا أيضاً، تصحيح وظيفة رأس المال في المجتمع خادماً لمصالحه، لا كياناً مستقلاً. والنهوض باقتصاديات المجتمعات الإسلامية.

كما أن المشاركة مظهر من مظاهر التعاون الذي يؤدي إلى مضاعفة القوة الإنتاجية.

ولعقد المضاربة أثر لكونه أسلوباً استثمارياً في المصارف وبيوت التمويل الإسلامية: من خلال حفظ المال وتأمين الحصول عليه وقت الحاجة. وتحقيق عائد مناسب مع توفير قدر من الأمان والاطمئنان على أموالهم.

ولاتباع مبدأ المضاربة في التمويل والاستثمار في سوق المال الإسلامية آثار، منها: التوازن بين عوامل الإنتاج، حيث تباشر المصارف الإسلامية نشاطها على أساس المشاركة وتفاعل رأس المال مع العمل، وذلك وفقاً لنظم المضاربة، أو المشاركة المنتهية بالتمليك، وهذا التعاون بين رأس المال والعمل ذو فوائد اجتماعية وإنسانية واستثمارية، منها تحريك المال، وانسيابه بين المشروعات المختلفة، وحث الناس على العمل.

كما يؤدي مبدأ المضاربة إلى ترشيد التكاليف الإنتاجية، بينما يؤدي التعامل بالفوائد الربوية إلى تضخم التكاليف وارتفاع الأسعار، فانخفاض التكاليف يؤدي إلى انخفاض أسعار المنتجات، وبالتالي ارتفاع القوة الشرائية للنقود، ومكافحة التضخم.

المسألة الثانية: سندات المقارضة:

السندات:

سيأتي التعريف بها بالتفصيل عند الحديث عن الأسهم والسندات في المبحث الثاني من هذا الفصل.

تعريف المقارضة لغة:

المقارضة والقراض مصطلحان فقهيان لمسمى واحد، وهو المضاربة والتي تقوم على أساس أن يكون المال من شخص والعمل من شخص آخر، على أن يكون الربح بينهما بحسب الاتفاق أو الخسارة على صاحب رأس المال، وأصل القراض لغة من القرض وهو القطع، يقال قرض الشيء: أي قطعه، وقرض المكان: أي تركه[1]، ومبنى القراض والمقارضة هما الفعال والمفاعلة، اللتان تفيدان الاشتراك والمشاركة وتستلزمان وجود أكثر من طرف.

المقارضة اصطلاحاً:

من معنى القراض اللغوي اشتق المعنى الاصطلاحي للقراض؛ وسميت بالقراض لأن صاحب المال يقتطع جزءاً من ماله، ويجعل حق التصرف فيه للعامل، والعامل يقتطع جزءاً من الربح ويعطيه لصاحب المال[2]، عن صهيب رضي الله عنه، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: **(ثلاثة فيهن البركة: البيع إلى أجل، والمقارضة، وإخلاط البر بالشعير للبيت، لا للبيع)**[3].

---

(١) المعجم الوسيط: مجموعة من المؤلفين ٢/ ٧٢٦- ٧٢٧.

(٢) نهاية المحتاج: الرملي ٥/ ٢١٩، ٢٢٠.

(٣) أخرجه ابن ماجه (٢٢٨٩)، والعقيلي في الضعفاء (٢٥٨)، وابن عساكر في التاريخ (٧/ ١٦٦/ ٢) وهو حديث ضعيف منكر في إسناده مجاهيل وقد ضعفه العقيلي، واستنكر الحديث أيضاً الذهبي كما في الميزان (٢/ ٦٠٥) وأورده ابن الجوزي في الموضوعات. فالجهالة في مثل هذا المتن المنكر تدل على ضعف المجهول. وقال الشيخ ابن باز رحمه الله: «هذا الحديث ضعيف لما في سنده من الجهالة، ولكن المعنى صحيح من جهة البيع إلى أجل ومن جهة المقارضة. وأما خلط البر بالشعير فلا أعلم له أصل غير هذا الحديث الضعيف، والأمر في هذا مباح». انظر: كتاب الجامع لأحاديث البيوع، سامي بن محمد الخليل: ص١٣٤.

ولسندات المقارضة تعريفات عدة؛ منها:

١ - « الوثائق الموحدة القيمة، والصادرة بأسماء من يكتتبون فيها، مقابل دفع القيمة المحررة فيها، وذلك على أساس المشاركة في نتائج الأرباح أو الإيرادات المتحققة من المشروع المستثمر فيه، بحسب النسبة المعلنة على الشيوع، مع مراعاة التصفية التدريجية المنتظمة لرأس المال المكتتب به، عن طريق تخصيص الحصة المتبقية من الأرباح الصافية لإطفاء قيمة السندات جزئياً حتى السداد التام »[(١)].

٢ - «أداة استثمارية تقوم على تجزئة رأس مال القراض بإصدار صكوك ملكية برأس مال المضاربة على أساس وحدات متساوية القيمة، ومسجلة بأسماء أصحابها باعتبارهم يملكون حصصاً شائعة في رأس مال المضاربة، وما يتحول عليه، بنسبة ملكية كل منهم فيه »[(٢)].

وهذه السندات تعتمد في أساسها الفقهي على المضاربة أو القراض وتقوم على العناصر التالية[(٣)]:

١. سندات المقارضة تمثل حصصاً شائعة من رأس مال المضاربة متساوية القيمة، فحامل السند يعتبر مالكاً لحصة شائعة في المشروع، وله جميع الحقوق التي للمالك في ملكه من بيع أو هبة أو رهن أو غيره.

---

(١) بحث: تصوير حقيقة سندات المقارضة والفرق بينها وبين سندات التنمية وشهادات الاستثمار والفرق بينها وبين السندات الربوية: د/ سامي حسن حمود، (مجلة المجمع، ع٤، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م): ٣/ ١٩٢٠.

(٢) من قرار المجمع، (د٤،ع٤، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م): ٣/ ٢١٦١.

(٣) المعاملات المالية المعاصرة: د. محمد عثمان شبير: ص٢٣٠- ٢٣١؛ سندات المقارضة، مؤتمر المستجدات: حمود: ص١٤، والاقتصاد الإسلامي والقضايا الفقهيه: السالوس: ٢/ ٧٢٥- ٧٢٧.

٢. يعتبر الاكتتاب في السندات عن الإيجاب، والقبول تعبر عنه موافقة الجهة المصدرة، ولابد أن تشمل نشرة الإصدار على جميع المعلومات المطلوبة شرعاً من معلومية رأس المال وتوزيع الأرباح بحيث تتفق والشريعة الإسلامية.

٣. سندات المقارضة قابلة للتداول في سوق الأوراق المالية.

٤. تخصيص نسبة من الربح للإطفاء التدريجي لأصل قيمة السند الأصلية، وبهذا يسترد صاحب السند مقدار ما دفعه أولاً بأول، وينال من خلاله ربحاً معقولاً، وبنهاية المدة المقررة للإطفاء ينتهي صاحب المشروع إلى امتلاك المشروع ودخله كاملاً.

٥. يقوم طرف ثالث مثل الدولة بضمان رأس المال للمكتتبين بحيث لا يتعرض المكتتبون للخسارة، وتعاد لهم أموالهم بصرف النظر عن ربح المشروع أو خسارته.

الأدوات التمويلية المطبقة القائمة على المضاربة:

١ - **شهادات ودائع استثمارية**(١)، يصدرها بيت التمويل الكويتي في الكويت، يقوم بتطبيقها وفق عقد المضاربة، وهي على نوعين: شهادات ودائع استثمارية مطلقة؛ أي أنها غير مخصصة لمشروع بعينه، ومدة هذه الشهادة تتحدد بناءً على اتفاق بين المشتري والمصدر، لا يحق فيها للمستثمر سحب أي جزء من قيمة الشهادات خلالها، على ألا تقل عن سنة واحدة، قابلة للتجديد. كما تصدر البنوك الإسلامية في السودان هذا النوع من الشهادات وتسمى (شهادات ودائع استثمار).

أما شهادات الودائع الاستثمارية المقيدة (المخصصة لمشروع معين) فهي محددة في أحد أنواع ثلاثة من الاستثمارات العقارية، ومدة الاستثمار هنا غير محددة، وللمستثمر (المشتري) حق التصرف بالشهادة خلالها كما يريد؛ بيعاً وشراءً وهبة(٢).

---

(١) الودائع الاستثمارية: وهي التي يقصد منها مودعها استثمارها بقصد النماء بشكل مباشر أو غير مباشر. انظر: موقف الشريعة من المصارف الإسلامية المعاصرة: د. عبدالله عبد الرحيم العبادي: ص٢٠٥.

(٢) انظر: قضايا إسلامية معاصرة في النقود والبنوك والتمويل: د. عبد الرحمن أحمد يسري: ص٣٤٩-٣٥٠، أحكام الأسواق المالية: د. محمد صبري هارون: ص٣٠٣- ٣٠٤.

٢- **شهادات الاستثمار**[١]: وهي « المستندات التي تمثل نصيباً في ملكية المحفظة – مجموع الاكتتابات – التي يصدرها البنك الإسلامي للتنمية بجدة، وتسجل في سجل الشهادات بأسماء مالكيها »[٢]، وأجلها مرتبط بمدة المحفظة. وتخصص هذه المحفظة لتمويل تجارة الدول الإسلامية، وتكون موجوداتها تحت يد البنك بصفته مضارباً[٣]، **وهي نوعان:**

الأول: شهادات الإصدار الأساسي، وهي مجموع الشهادات الصادرة عند تأسيس المحفظة، وتنحصر ملكيتها في المصرف المصدر، والمصارف والمؤسسات الأخرى.

الآخر: شهادات الإصدار اللاحقة، وهي مجموع الشهادات الصادرة بعد تأسيس المحفظة، وتطرح للاكتتاب العام في أسواق الأوراق المالية.

٣- **صكوك المضاربة والقروض الإسلامية**: وهي وثائق قابلة للتداول[٤] تصدر عن الشركة الإسلامية للاستثمار الخليجي لتطبيق عقد المضاربة الإسلامية. ويشتمل هذا الصك على شقين: صك القرض وصك المضاربة، لكنهما في شهادة واحدة (ورقة مالية واحدة) – يمكن فصلها عند الحاجة –.

---

(١) وهي نتيجة جهود حثيثة للبنك الإسلامي للتنمية في تطوير وابتكار أدوات مالية تمويلية جديدة تتسق مع الشريعة، انظر: بحث الأدوات المالية الإسلامية: حمود، (مجلة المجمع، ع٦، ١٤١٠هـ-١٩٩٠م) ص١٥٠٢.

(٢) الأدوات المالية الإسلامية والبورصات الخليجية: محمد فيصل الأخوة، (جدة، منظمة المؤتمر الإسلامي مجلة المجمع، ع٦، ١٤١٠هـ-١٩٩٠م): ٢/ ١٥٠٢؛ وبحث الأسواق المالية في ميزان الفقه الإسلامي: علي محيي الدين القرة داغي (جدة، منظمة المؤتمر الإسلامي، مجلة المجمع، ع٧، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م): ١/ ١٤٣.

(٣) البنك الإسلامي للتنمية، التقرير السنوي، ١٤١٧هـ (١٩٩٦-١٩٩٧، جدة) ص١٥٦.

(٤) صك المضاربة يُتداول بالقيمة السوقية، فيما صك القرض بالقيمة الاسمية. بحوث في المصارف الإسلامية: د.رفيق يونس المصري: ص١٦٠.

٤- **شهادات صناديق التمويل لهيئة الاستثمار**: وقد نظمتها هيئة الاستثمار في بنجلاديش، وتتجمع مواردها بين نوعين من الشهادات؛ الأول منها يخضع للتصفية (الإطفاء)، والآخر لا. وكل صندوق يعتبر وحدة مستقلة من حيث الأصول والالتزامات والإدارة، ويحصل أصحاب الشهادات على الأرباح، بعد استيفاء نسبة معينة مقابل الإدارة(١).

٥- **شهادات المعاملات الإسلامية**: وهي شهادات اسمية يصدرها أحد فروع بنك مصر للمعاملات الإسلامية، بقيمة اسمية، مدتها خمس سنوات قابلة للتجديد، تستثمر في مشاريع إسلامية مناسبة، وفق نظام المضاربة المطلقة. ويحصل صاحب الشهادة على عائد شهري محدد النسبة، تحت حساب الربح أو الخسارة، ويتم تسوية كل ستة أشهر لهذا العائد(٢).

الأدوات التمويلية المطبقة القائمة على المشاركة:

١- أسهم المشاركة (الأسهم غير المصوتة)(٣): وهي أسهم تشارك في الربح والخسارة دون التدخل في تصريف شؤون الإدارة، ويمثل مالكو الأسهم رب المال، فيما تمثل شركة الصناديق الاستثمارية والأوراق المالية عامل المضاربة في حلقة تمثل عقد المضاربة. وهي فكرة شرعية تستند إلى نظام المشاركة في الفقه الإسلامي، فمن المشاركة ما يكون بتقديم

---

(١) قضايا إسلامية معاصرة: يسري: ص٣٥٥.

(٢) المصرف الإسلامي: عبد السميع المصري: ص٤٤- ٤٦.

(٣) انظر في الأسهم غير المصوتة (أسهم المشاركة): بحث الأدوات المالية الإسلامية: د. فيصل الأخوة، ص١٥٠٣- ١٥٠٤، وبحث خصائص العمل المصرفي الإسلامي: د. سامي حمود (الجزائر، سطيف، ط١، ١٤١١هـ- ١٩٩١م، ص٤٠٥- ٤٠٦، وبحث البنوك الإسلامية: ضياء مجيد: ص٥٤- ٥٥.

رأس المال من جانب والعمل من جانب آخر وهو الجانب الذي يباشر الإدارة كذلك، ولا يحق للطرف الآخر – مقدم رأس المال – التدخل فيها، وهذه شركة المضاربة[١].

وتمتاز أسهم المشاركة بقابليتها للاكتتاب العام، من أفراد ومؤسسات مالية. وهي التطبيق العملي لمقترحات ندوة البركة الثامنة للاقتصاد الإسلامي[٢].

٢- **سندات المشاركة**[٣]: هي سندات لحاملها مشاركة في الربح والخسارة، مخصصة لمشروع معين، يمكن للقطاعين العام والخاص إصدارها، قابلة للتداول في سوق طهران للأسهم والمصرف المركزي الإيراني المسؤول عن تقلبات أسعار هذه السندات. ومن أهم ما يميز هذه السندات، وجوب وجود جهة مروجة وضامنة لكل صفقة من هذه السندات، تتحمل مخاطر تقلبات الأسعار، وتشتري الفائض غير المكتتب فيه – إن وجد –.

٣- **شهادات المشاركة لأجل محدد**: وتعتمد مبدأ المشاركة في الربح والخسارة، ووظيفتها تعبئة موارد تحويلية متوسطة وطويلة الأجل، تصدرها المصارف والمؤسسات المالية في باكستان بالعملة المحلية، لأغراض صناعية وغيرها، وتحدد نسبة الربح في نشرة الإصدار، وتحتسب الأرباح قبل احتساب الضرائب، وتقتطع قبل مطالبات حملة الأسهم. ويحق لأصحاب الشهادات تحويل جزء معين منها إلى أسهم عادية، كما يحق لحملة الأسهم شراء هذه الشهادات[٤].

---

(١) بحث خصائص العمل المصرفي: د. حمود: ص٤٠٥.

(٢) عقدت الندوة في تونس من ٤-٧/ ١١/ ١٩٨٤م.

(٣) بحث دور المؤسسات المالية الإسلامية في تمويل مشاريع البنية الأساسية: د.محمد نجاة صديقي (جدة، جامعة الملك عبد العزيز، ندوة التعاون بين الحكومة والقطاع الأهلي في تمويل المشروعات الاقتصادية، ١٤٢٠هـ- ١٩٩٩م): ص٣٤٠- ٣٤١.

(٤) قضايا إسلامية معاصرة: د.يسري: ص٣٥٣- ٣٥٥، وبحث دور المؤسسات المالية الإسلامية: د.صديقي: ص٣٣٩، والنظام المصرفي الإسلامي: د/ محمد أحمد سراج: ص٢٧١.

الأدوات التمويلية المطبقة القائمة على التأجير:

شهادات التأجير أو الإيجار المتناقصة: وهي تشبه شهادات الاستثمار المخصص، لكنها تختلف عنها في أنها تمثل نوعاً من المساهمة المتناقصة، حيث تشمل أقساط الإيجار أرباح المؤجر إضافة إلى استهلاك رأس المال، وعلى هذا فإن هذه الشهادات سوف تصفى تدريجياً حتى تنتهي تماماً مع آخر الأقساط. ويرى البعض أنه لا مانع من إصدار شهادات إيجار غير متناقصة القيمة(١)، إذ تقدم معدل ربح أعلى من الشهادات المتناقصة نتيجة لإمكان إعادة استثمار الأقساط المدفوعة، وهذا النوع يمكن تسميته بشهادات إيجار ثابتة(٢).

الحكم الشرعي في سندات المقارضة:

(أ) تقسيم رأس المال في المضاربة إلى حصص متساوية:

بما أن قواعد الفقه الإسلامي تسمح بتعدد المالكين لرأس مال المضاربة، فإن تقسيم رأس مال المضاربة إلى حصص متساوية القيمة أمر جائز شرعاً، ولا سيما أن هذه الحصص تكون اسمية أي أن كل سند يصدر باسم مالكه.

(ب) تداول سندات المقارضة:

إن تداول سندات المقارضة إما أن يكون قبل بدء العمل في المال، وإما أن يكون بعده.

---

(١) انظر: آفاق العمل المصرفي الإسلامي ودوره في التنمية الاقتصادية وفي تطوير الأسواق المالية العربية، أسواق رأس المال العربية: أسامة جعفر فقيه، (بيروت، مجلة الاقتصاد والأعمال، ١٩٩٥م): ص٢٨٩.

(٢) التطبيقات الشرعية لإقامة السوق الإسلامية: القرة داغي، (مجلة المجمع، ع٨، ١٤١٥هـ-١٩٩٤م): ٢/ ٤٢٢، وبحث الأسواق المالية: القرة داغي، (مجلة المجمع، ع٧، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م): ١/ ١٤٦-١٤٧.

١- إن كان قبل بدء العمل في المال، فلا يجوز تداول السندات بسعر السوق، حيث يكون رأس المال نقوداً، فلا مجال للقول ببيع النقود ببعضها متفاضلة أو نسيئة، ويطبق في مبادلة النقد بالنقد أحكام الصرف في الفقه الإسلامي.

٢- وأما إن كان تداول السندات بعد العمل في المال، فإن رأس المال يصبح مختلطاً من النقود المتبقية والديون (إن وجدت) والأعيان المتمثلة في بضاعة المضاربة أو موجودات المشروع.

(أ) فإن كانت موجوداته ديوناً كأن يفلس المشروع، وتصبح السندات ديوناً على المشروع، فلا يجوز بيع السندات لأنها تدخل في بيع الدين بالدين.

(ب) وإن كانت موجودات المشروع أعياناً ومنافع ونقوداً ولكن الغالب عليه الأعيان والمنافع فيجوز تداول تلك السندات بسعر السوق الذي يحدده قانون العرض والطلب، ولا يتنافى ذلك مع الشريعة الإسلامية.

وقد أقرت ذلك لجنة العلماء المشتركين في ندوة البركة الثانية للاقتصاد الإسلامي المنعقدة في تونس في ٩-١٢ صفر ١٤٠٥هـ الموافق ٤-٧/ ١١/ ١٩٨٤م، وقرره مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورة مؤتمره الرابع، المنعقدة في جدة في الفترة من ١٨-٢٣ جمادى الآخرة ١٤٠٨هـ الموافق ٦-١١ فبراير ١٩٨٨م، بشأن سندات المقارضة وسندات الاستثمار[(١)].

(جـ) إطفاء سندات المقارضة:

السندات بالتقسيط أو استردادها بالتدريج. فالأرباح التي يحصل عليها المشروع تقسم قسمين: قسم يوزع على أصحاب السندات، والآخر يعود إليهم مقابل الإطفاء الجزئي

---

(١) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي(د٤،ع٤، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م): ٣/ ٢١٦١-٢١٦٣.

لقيمة السندات، وبعد المدة المحددة للإطفاء يكون صاحب السندات قد استرد قيمتها الاسمية وزيادة، وهذا يعتبر ربا محرماً شرعاً.

يقول الدكتور الضرير[١]: « هذا الإجراء يحول المعاملة من عقد مضاربة إلى عقد آخر...، إنه عقد قرض اشترط فيه المقترض للمقرض زيادة على ما اقترضه منه، ووثق العقد بكفيل »[٢]؛ لأنه لابد من أن يتحمل المكتتب ما يتعرض له المشروع من خسارة وفق قواعد عقد المضاربة في الشريعة الإسلامية[٣].

ويقول الدكتور السالوس: «وبهذا تتفق سندات المقارضة مع السندات ذات الفائدة الربوية في أن صاحب السند ليس له إلا القيمة الاسمية للسند دون المشاركة في المشروعات التي يستخدم فيها السند، ومصدر السند ضامن لرد المثل في جميع الحالات، ولصاحب السند زيادة على رأس المال المدفوع»[٤].

وقد نص مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره الرابع، في قراره (٥) د ٤/ ٨/ ٨٨، بشأن سندات المقارضة وسندات الاستثمار على أنه لا يجوز أن تشتمل هذه السندات على نص بضمان عامل المضاربة رأس المال[٥].

---

(١) هو: الدكتور الصديق محمد الأمين الضرير، أستاذ في قسم الشريعة في جامعة الخرطوم، ومن العلماء المعاصرين في الفقه وأصوله، قام بالتدريس في المعهد العالي للقضاء في المملكة العربية السعودية.

(٢) سندات المقارضة: د/ الصديق الضرير، (عمان، بحث مقدم لندوة المستجدات الفقهية في معاملات البنوك الإسلامية، ١٩٩٤م): ص٤.

(٣) سندات المقارضة: د/ عبد السلام العبادي، (عمان، بحث مقدم لندوة المستجدات الفقهية في معاملات البنوك الإسلامية، ١٩٩٤م): ص١٨.

(٤) سندات المقارضة: السالوس، (عمان، بحث مقدم لندوة المستجدات الفقهية في معاملات البنوك الإسلامية، ١٩٩٤م): ص٦.

(٥) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي(د٤،ع٤، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م): ٣/ ٢١٦٣.

أثر المصلحة المرسلة في سندات المقارضة:

بناء على ما ترجح القول به من أن السندات قروض بفائدة، وذلك لأن جميع أنواع السندات لا تخرج عن كونها عقد قرض اجتمعت فيه عناصر الديون الثلاثة: الدين، والأجل، وزيادة مشروطة في الدين مقابل الأجل[1]. وقد صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي رقم (٦٢/ ١١/ ٦) في دورة مؤتمره السادس بجدة من ١٧-٢٣ شعبان ١٤١٠هـ الموافق ١٤-٢٠ آذار/ مارس ١٩٩٠م[2]، ما نصه: إن السندات التي تمثل التزاماً بدفع مبلغها مع فائدة منسوبة إليه أو نفع مشروط محرمة شرعاً من حيث الإصدار أو الشراء أو التداول، لأنها قروض ربوية سواء أكانت الجهة المصدرة لها خاصة أم عامة، ترتبط بالدولة ولا أثر لتسميتها شهادات أو صكوكاً استثمارية أو ادخارية، أو تسمية الفائدة الربوية الملتزم بها ربحاً أو ريعاً أو عمولة أو عائداً.

في حالة عجز الشركات المساهمة وحاجتها إلى زيادة رأس مالها لتزيد من قدرتها على مواصلة مشاريعها الإنتاجية، فإن الإسلام لا يقف أمام سد تلك الحاجة، ولكن عن طريق من الطرق المشروعة.

وفي حالة ما إذا كانت الدولة هي التي تحتاج إلى المال لسد العجز في ميزانيتها التي تنفق في المرافق العامة والمصالح العامة وغير ذلك، فإن الإسلام لا يقف أمام سد تلك الحاجة أيضاً.

---

(١) أسواق الأوراق المالية: سمير عبد الحميد رضوان، (القاهرة، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ١٤١٧هـ-١٩٩٦م): ص٣٠١.

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي (جدة، منظمة المؤتمر الإسلامي، ع٦): ٢/ ١٧٢٥، ١٧٢٦.

وقد اجتهد الكثير من المفكرين الاقتصاديين المسلمين للعمل على إظهار أدوات مالية إسلامية تتفق مع الشريعة الإسلامية، وطرح كثير من البدائل الشرعية منها سندات المقارضة كبديل للسندات وشهادات الاستثمار.

وسندات المقارضة من الطرق الشرعية التي سنها الإسلام لتنمية المال، والتي تقوم على أساس المضاربة؛ إذ عقد المضاربة كفيل بتحقيق نمو اقتصادي على وجه يحقق مصلحة كل من صاحب المال الذي لا يستطيع استثمار ماله، والعامل الذي يحسن العمل، ولا يملك المال.

ومما هو معلوم أن السندات توصف بصورة عامة على أنها من الموارد التمويلية طويلة الأجل؛ بمعنى أنها تبقى في يد مصدرها لاستثمارها مدة أطول من غيرها من الموارد التمويلية الأخرى، يتمكن فيها من استثمارها بصورة مجدية، وهو مطمئن أن شريكه لن يطالبه بها إلا بعد حين.

وهو الأمر الذي تفتقره المؤسسات المالية العامة، والبنوك الإسلامية خاصة؛ فهي مزدحمة بالاستثمارات قصيرة الأجل، من حسابات توفير، وودائع لأجل...؛ مما لايعطيها طمأنينة استثمارية للدخول في استثمارات طويلة ومجدية، ومن جهة أخرى فإن التزام هذه البنوك الاستثمار ضمن المنافذ الشرعية يقلل الفرص الاستثمارية المتاحة لها، ويزيد من السيولة الفائضة لديها.

ومن هنا كانت سندات المقارضة بما تغطيه من الجوانب السابقة، ملاذاً اقتصادياً لتوظيف السيولة الزائدة لدى الأشخاص العاديين والاعتباريين.

وعامل السيولة يشكل دافعاً لدى المستثمر في إقباله على سندات المقارضة، وهو قابلية التسييل؛ أي تحويل الورقة المالية إلى نقود سائلة، فالسيولة المالية على جانب كبير من

الأهمية؛ ذلك أن حاجة المستثمر في بعض الأحيان قد تضطره إلى استرداد نقوده سائلة وبأسرع وقت ممكن، فإذا كانت الورقة المالية محل الاستثمار لا تحقق هذه الخاصية؛ فإنه يفضل بقاء ماله مدخراً ويستغني عن العائد من هذه الورقة.

فالمستثمر حينما ينظر إلى العائد المرجو حصوله، ينظر بموازاة ذلك إلى إمكانية تحويل هذا الادخار إلى سيولة عند الحاجة. وسندات المقارضة بأنواعها تحقق هذه الميزة؛ فقابلية التسييل والتداول للسندات تجذب المستثمر للاكتتاب بها.

ومن جانب الجهة المصدرة؛ فإن سندات المقارضة باعتبار تصنيفها على أنه من الأدوات التمويلية طويلة الأجل توفر للجهة المصدرة هذا النوع من التمويل، تتمكن به من الاستثمار بشكل مطمئن.

فسندات مقارضة الأوقاف - مثلاً - خير دليل على المصلحة المحققة من وراء مشروعية هذا النوع من السندات، حيث توفر مصدراً تمويلياً فريداً، كما أن ما تختص به هذه السندات من حلول الأوقاف محل حملة السندات عن طريق الإطفاء التدريجي للسندات، يوفر للأوقاف مصدر دخل ثابت ودائم، لم يكن ليوجد بتمويل الأوقاف الذاتي. ووفرت تمويلاً دائماً للأوقاف المهملة، المتروكة من غير عناية؛ حيث كان الهدف من إصدارها توفير تمويل لغايات استثمار أراضي الوقف غير المستفاد منها، مع عدم وجود تمويل آخر لها.

وسندات مقارضة الأوقاف، أفادت المجتمع المحلي بما تقدمه من استصلاح أراضٍ غير مستغلة، وإعادة الحياة إلى أماكن لم تعد تؤدي الدور الذي كانت تؤديه في السابق.

هذا إلى جانب الأمثلة الأخرى التي سبق ذكرها والمصلحة المحققة من وراء كل منها.

❁ ❁ ❁

المبحث الثاني
أثر المصلحة المرسلة في الأسهم والسندات

وفيه مطلبان:

المطلب الأول
تعريف الأسهم والسندات لغة واصطلاحاً

يتداول في سوق رأس المال نوعان من الأدوات أو الأوراق المالية: أحدهما يعبر عن ملكية، وهي الأسهم بنوعيها: العادية والممتازة، والآخر يعبر عن مديونية، وهي السندات.

والأدوات أو الأوراق المالية هي: « الصكوك التي تصدرها الشركات أو الدول من أسهم وسندات قابلة للتداول في سوق الأوراق المالية – البورصة – »[(١)]، وعلى هذا نبين أنواع الأوراق المالية المتعامل بها بيعاً وشراءً في السوق المالي.

(أ) تعريف الأسهم لغة واصطلاحاً

الأسهم لغة: جمع سهم[(٢)]، وهو في اللغة يطلق على معانٍ متعددة منها النصيب[(٣)] والحظ[(٤)] والشيء من الأشياء[(٥)]، ومنه قوله ﷻ: ﴿فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ ٱلْمُدْحَضِينَ﴾[(٦)].

السهم اصطلاحاً: يطلق الاقتصاديون السهم على أمرين:

١ – الحصة أو النصيب للمساهم في شركة من شركات الأموال، وتمثل جزءاً من رأس مال الشركة ويتمثل السهم في صك يعطى للمساهم، ويكون وسيلة إلى إثبات

---

(١) المعاملات المالية المعاصرة: د/ محمد عثمان شبير: ص١٩٩.

(٢) معجم متن اللغة: أحمد رضا: ٣/ ٢٣٦.

(٣) لسان العرب: (باب الميم فصل السين): ١٢/ ٣٠٨، ومعجم مقاييس اللغة: ابن فارس، ٣/ ١١١، والمصباح المنير: ١/ ٣٩٨، والمعجم الوسيط: مجمع اللغة العربية: ١/ ٤٥٩، ومعجم متن اللغة: ٣/ ٢٣٦.

(٤) القاموس المحيط: ٤/ ١٣٤، ومعجم مقاييس اللغة: ابن فارس: ٣/ ١١١، والمعجم الوسيط: ١/ ٤٧٦.

(٥) معجم مقاييس اللغة ٣/ ١١١.

(٦) سورة الصافات، الاية [١٤١].

حقوقه في الشركة[١].

٢- الصك المثبتة لحق المساهم في رأس مال شركة مساهمة، أو إحدى شركات الأموال[٢].

(ب) تعريف السندات لغة واصطلاحاً:

السندات لغة: جمع سند، وهو في اللغة ضرب من البرود اليمانية، وما علا من الأرض وارتفع، وهو كل ما يستند إليه ويعتمد عليه من حائط أو غيره[٣]. فيقال: سندت إلى الشيء أسند سنوداً، واستندت استناداً، وسندا غيري استناداً. وجمع السند أسناد[٤].

السند اصطلاحاً: للسند في اصطلاح علماء القانون التجاري عدة تعريفات؛ منها:

١- ورقة مالية مثبتة لقرض حاصل، وله فائدة ثابتة[٥].

---

(١) الأسهم والسندات: د. عبد العزيز الخياط: ص١٨، وأسواق الأوراق المالية: سمير عبد الحميد رضوان: ص٢٦٥، وعمل شركات الاستثمار في السوق العالمية: أحمد محيي الدين أحمد حسن: ص٩٨، والمعاملات المالية المعاصرة: شبير: ص٢٠١، والقانون التجاري: د. مصطفى كمال طه: ص٢٩٠، والقانون التجاري: د.عزيز العكيلي: ص٢٨٠.

(٢) الأسهم والسندات: الخياط: ص١٨، وأسواق الأوراق المالية: سمير رضوان: ص٢٦٥، والمعاملات المالية المعاصرة: شبير: ص٢٠١، وإدارة البنوك وصناديق الاستثمار وبورصات الأوراق المالية: د. محمد سويلم: ص٢٦٨، وانظر: القانون التجاري: د. مصطفى كمال طه: ص٢٩٠، وبورصة الأوراق المالية (علمياً-عملياً): د/ صلاح السيد جودة: ص١٥٦.

(٣) المعجم الوسيط: مجموعة من المؤلفين: ١/ ٤٥٣-٤٥٤، ومعجم مقاييس اللغة: ابن فارس: ٣/ ١٠٥، والمصباح المنير: ١/ ٣٩٥، ولسان العرب: ٦/ ٣٨٥-٣٨٦.

(٤) جمع التكسير للسند بمعناه اللغوي، أما السندات، وهو الجمع المتداول بين جمهور الاقتصاديين، فلم يرد في المعاجم اللغوية، ولكن د. حمود يرى جواز الوجهين؛ بناء على أن المعاجم لم تعط جمعاً للسند لمعناه الاقتصادي. انظر: الأدوات التمويلية الإسلامية: د.حمود، هامش ص٢٨.

(٥) المعجم الوسيط: ٢/ ٤٥٤.

٢- صك قابل للتداول يمثل قرضاً يعقد عادة بواسطة الاكتتاب العام، وتصدره الشركة أو الحكومة وفروعها، ويعتبر حامل سند الشركة دائناً للشركة، له حق دائنية في مواجهتها، ولا يعد شريكاً فيها، على خلاف الأسهم[1].

(جـ) أحكام التعامل بالأسهم:

أحكام التعامل بالأسهم من حيث أصل المشروعية:

أولاً: آراء العلماء المعاصرين:

اختلف العلماء المعاصرون في حكم التعامل بالأسهم الصادرة من شركات المساهمة تبعاً لاختلاف حكم الشركات المساهمة، وذلك أن حكم إصدار الأسهم ينبني على حكم الشركة التي تصدرها، على قولين:

القول الأول: الجواز. وإليه ذهب جمهور الفقهاء والباحثين المعاصرين[2]، وبذلك صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ٦٣، فقد جاء في القرار: «بما أن الأصل في المعاملات الحل فإن تأسيس شركة مساهمة ذات أغراض وأنشطة مشروعة أمر جائز»[3].

---

(١) أحكام السوق المالية: د. محمد عبد الغفار الشريف (مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع٦): ٢/ ١٢٨٣، وشركات المساهمة: د/ محمد صالح ٢/ ١٧٠، والشركات في الشريعة الإسلامية: الخياط: ٢/ ١٠٢، نقلاً عن الوجيز في القانون التجاري: د. مصطفى كمال طه ١/ ٢٩٩.

(٢) انظر: الفتاوى: محمود شلتوت: ص٣٥٥: وفتاوى ورسائل الشيخ محمد بن إبراهيم بن عبد اللطيف آل الشيخ، ت: محمد بن عبد الرحمن بن قاسم: ٧/ ٤٢، والشركات في الفقه الإسلامي: علي الخفيف: ص٩٦-٩٧، والشركات في ضوء الإسلام: الخياط: ص٥٩، والإسلام ومشكلاتنا الحاضرة: د/ محمد يوسف موسى: ص٥٨، وفتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء: ١٣/ ٥٠٨، وبحوث في الاقتصاد الإسلامي: عبد الله بن منيع: ص٢٢٠، وشركة المساهمة: د. صالح بن زابن المرزوقي البقمي: ص٣٤٥.

(٣) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي، الدورات ١-١٠، القرارات: ١-٩٧، (دمشق، دار القلم، ط٢، ١٤١٨هـ-١٩٩٨م): ص١٣٥.

أدلة هذا الفريق:

استدل القائلون بجواز شركة المساهمة بما يلي:

١- عموم الأدلة الدالة على إباحة الشركة، ومنها قوله ﷻ: ﴿**فَهُمْ شُرَكَآءُ فِي ٱلثُّلُثِ**﴾[١]، وقوله ﷻ: ﴿**وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ ٱلْخُلَطَآءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ**﴾[٢]، ومنها: ما رواه البخاري من حديث أبي المنهال، قال: اشتريت أنا وشريك لي شيئاً، يداً بيد ونسيئة، فجاءنا البراء بن عازب فسألناه، فقال: فعلت أنا وشريكي زيد بن أرقم، وسألنا النبي ﷺ عن ذلك، فقال: (**ما كان يداً بيد فخذوه، وما كان نسيئة فذروه**)[٣]، ولذلك فالتعامل بالأسهم لا يتعارض مع الشريعة الإسلامية.

٢- عموم الأدلة الدالة على وجوب الوفاء بالعقود والشروط، كقوله ﷻ: ﴿**يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ**﴾[٤]، وقوله ﷺ: (**المسلمون على شروطهم، إلا شرطاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً**)[٥]، فإن فيهما دليلاً على أن الأصل في العقود والشروط الإباحة، إلا ما دل الدليل على تحريمه، وشركة المساهمة عقد من العقود، فتدخل في هذا الأصل.

---

(١) سورة النساء، الآية [١٢].

(٢) سورة ص، الآية [٢٤].

(٣) صحيح البخاري، كتاب: الشركة، باب: الاشتراك في الذهب والفضة، رقم (١٤٩٧).

(٤) سورة المائدة، من الآية [١].

(٥) رواه الترمذي في سننه ٣/ ٦٣٤: كتاب: الأحكام، باب: ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس، رقم (١٣٥٢)، وقال: هذا حديث حسن صحيح. والبيهقي في السنن الكبرى ٦/ ٧٩ رقم ١١٢١١.

يقول الألباني في إرواء الغليل ٥/ ١٤٥ رقم ١٣٠٣: جملة القول أن الحديث بمجموع الطرق يرتقي إلى درجة الصحيح لغيره وهي وإن كان في بعضها ضعف شديد، فسائرها مما يصلح الاستشهاد به.

٣- عموم الأدلة الدالة على إباحة العنان والمضاربة والمساقاة والمزارعة، فإن العنان أصل جواز الاشتراك بين اثنين فأكثر بماليهما وبدنيهما، كما أن كلاً من المضاربة والمساقاة والمزارعة أصل في جواز الاشتراك بالمال من جانب والعمل من جانب آخر، ومن هذه الأدلة:

(أ) ما رواه البخاري ومسلم عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، قال: (عامل النبي صلى الله عليه وسلم خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع)[١].

(ب) ما رواه الإمام مالك عن العلاء بن عبد الرحمن عن أبيه عن جده: (أن عثمان بن عفان رضي الله عنه أعطاه مالاً قراضاً يعمل فيه، على أن الربح بينهما)[٢].

(جـ) إجماع العلماء على مشروعية العنان[٣]، وعلى جواز المضاربة[٤].

القول الثاني: عدم الجواز[٥].

أدلة هذا الفريق:

استند القائلون بعدم جواز شركة المساهمة لما يلي:

---

(١) رواه البخاري في صحيحه، كتاب: المزارعة، باب: المزارعة بالشطر ونحوه، وباب إذا لم يشترط السنين في المزارعة، رقم (٢٣٢٨و٢٣٢٩)، ومسلم في صحيحه، كتاب: المساقاة، رقم (١٥٥١).

(٢) الموطأ: الإمام مالك، كتاب: القراض، باب: ما جاء في القراض، رقم (١٣٩٧)، والسنن الكبرى للبيهقي، كتاب القراض: ٦/ ١٨٣، رقم (١١٦٠٦).

(٣) المغني: لابن قدامة ٧/ ١٢٣، وانظر: الإجماع: لابن المنذر: ص٥٦.

(٤) الاستذكار: لابن عبد البر: ٧/ ٣-٤.

(٥) انظر: النظام الاقتصادي في الإسلام: تقي الدين النبهاني: ص١٣٣، والقراض في الفقه الإسلامي: د. علي عبدالعال عبد الرحمن: ص٦٣، وزكاة الأسهم في الشركات: هارون خليف جيلي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع٤، ١/ ٧٨٩ و٧٩١؛ و العقود الشرعية الحاكمة للمعاملات المالية المعاصرة: عيسى عبده: ص١٨-١٩.

١ – أن العقد حتى يكون صحيحاً، لابد فيه من إيجاب وقبول، وشركة المساهمة ليست عقداً بل هي اتفاق بإرادة منفردة، فبمجرد شراء الأسهم يصبح المشتري شريكاً بغض النظر عن رضا باقي الشركاء، والاتفاق على شروط الشركة لا يعد إيجاباً وقبولاً، بل إن التوقيع على عقد الشركة والاكتتاب في أسهمها لا يعد إيجاباً وقبولاً.

٢ – عدم تحقيق العنصر الشخصي في شركة المساهمة، فالشركة في الإسلام يشترط فيها وجود البدن، ولا يوجد ذلك في شركة المساهمة، بل المعول عليه العنصر المالي، لا أصحاب الأموال، ولا يحق لأي شريك أن يتولى أعمال الشركة بوصفه شريكاً وإنما ذلك للمدير أو للهيئة الإدارية، فكانت الشركة باطلة شرعاً. والدليل أن المساهم له أصوات بقدر ما يملك من أسهم.

٣– الشركة في الإسلام إنما يصدر التصرف فيها عن الشركاء، أما المتصرف في شركة المساهمة هو مجلس الإدارة ووكالتهم ليست عن المساهمين بل عن الأموال، والأموال لا تملك التوكيل، وذلك أنها تعد شخصاً معنوياً، يكون له وحده حق التصرف، وعلى ذلك تكون تلك التصرفات التي تحصل عن الشركة باطلة شرعاً، لأن التصرفات يجب أن تصدر عن إنسان مشخص له أهلية التصرف[١].

٤ – الشركة في الإسلام عقد بين اثنين أو أكثر، يتفقان فيه على القيام بعمل مالي؛ بقصد الربح، فلابد في عقد الشركة من المال والعمل، وهذا لا يوجد في شركة المساهمة، وإنما تحصل موافقة من المؤسس أو المكتتب على دفع المال في المشروع المالي، وتفويض شخص أو أكثر ليقوم بإدارة الشركة، وهو مخالف للقصد من الشركة ومبطل لها[٢].

---

(١) النظام الاقتصادي في الإسلام: تقي الدين النبهاني: ص١٣٩-١٤١.

(٢) المرجع السابق: ص١٣٣-١٣٤.

٥- ديمومة شركة المساهمة يخالف الشرع إذ إن الشركة من العقود الجائزة شرعاً، تبطل بموت أحد الشركاء أو جنونه أو الحجر عليه وبالفسخ من أحد الشركاء، وشركة المساهمة لا يوجد بها ذلك، وهذا يجعلها فاسدة، لاشتمالها على شرط فاسد[١].

٦- أن في الأسهم غرراً وخطراً؛ حيث إن من فقد سهمه (بمعنى: خسر)، تضمن الشركة له سهمه، وهو ما يسمى بسهم التمتع، ويكون لصاحب السهم الحق في الربح، فعلى أي أساس كان هذا الضمان؟ وبم استحق هذا الربح[٢]؟

٧- أن صاحب الأسهم له الربح فقط، دون أن يكون عليه خسارة، وهذا يخرج الأسهم عن حكم المضاربة، ويجعلها نوعاً من الربا، بدليل أن نسبة الربح من يوم أن ظهرت الأسهم لم تتغير عن مقدارها المحدد[٣].

الترجيح:

وفي ضوء هذه الأدلة التي ساقها كل فريق أرى رجحان القول الأول، وذلك أن شركة المساهمة في حقيقتها نوع من أنواع الشركات، تشملها الأدلة الدالة على جواز الشركة، ومنها الأدلة التي استدل بها أصحاب القول الأول، ثم إن الأصل في العقود الإباحة، كما سبق ذكر الأدلة عليه، وما ذكره المخالف من الأدلة لا تنهض لمعارضة هذا الأصل.

واستدلال المانعين بعدم وجود الإيجاب والقبول في عقد الشركة، فهو غير صحيح، لأن أركان الشركة من إيجاب وقبول متوفرة في شركة المساهمة، فالإيجاب يتمثل في طرح الشركة أسهمها للاكتتاب، والقبول يتمثل في إقدام المساهم على شراء الأسهم.

---

(١) النظام الاقتصادي في الإسلام: تقي الدين النبهاني: ص١٤٠.

(٢) القراض في الفقه الإسلامي: د/ علي عبد العال عبد الرحمن: ص٦٣.

(٣) المصدر السابق.

وأما ما يتعلق بالعنصر الشخصي فهو كذلك متحقق في شركة المساهمة؛ لأن المساهمين يختارون من بينهم مجلس إدارة ينوب عنهم في إدارة الشركة والإشراف على أعمالها.

هذا بالإضافة إلى أن وجود البدن ليس شرطاً في بعض الشركات في الفقه الإسلامي كما في المضاربة.

المطلب الثاني
مسألتان في السندات وبيان أثر المصلحة المرسلة في مشروعيتها

المسألة الأولى: سندات الاستثمار

تعريفها: هي صكوك تصدرها البنوك في بعض الدول نيابة عن الدولة - لصالح الحكومة - تسمى شهادات استثمار، لتكون حجة لمن حررت له على أنه أودع لديها مبلغاً من ماله مبيناً بها بقصد تنميته واستثماره[1].

أنواع سندات الاستثمار:

وتقسم هذه السندات إلى ثلاثة أنواع – مجموعات-:

المجموعة (أ): وهي سند مدته عشر سنوات، وفي نهاية المدة يحصل صاحب السند على القيمة الاسمية يضاف عليها ما تراكم من فوائد بالنسبة المتفق عليها، ولا يجوز لصاحبه استرجاع قيمته قبل انتهاء المدة.

المجموعة (ب): وهي سند دين يعطي لصاحبه الفوائد المتحققة للشهادة كل سنة، وبعضها كل ستة أشهر حسب شروط الإصدار، وفي نهاية المدة له أن يسترجع القيمة الاسمية.

(١) معاملات البنوك وأحكامها الشرعية: د. محمد سيد طنطاوي: ص١٧٠.

المجموعة (ج): وتسمى شهادات الاستثمار ذات الجوائز حيث تتم عملية سحب دورية ليفوز فيها بعض حملة تلك الشهادات بجوائز مالية اعتماداً على نتيجة "اليانصيب"، ولا يترتب عليها فوائد لحامل السند[1].

حكم التعامل بالسندات:

اختلف المعاصرون في حكم التعامل بالسندات أو شهادات الاستثمار على ثلاثة أقوال:

القول الأول: عدم الجواز دون التفريق بين أنواعها. وإليه ذهب الكثير من العلماء المعاصرين[2].

واستدل هذا الفريق بما يلي:

١- أن السند قرض على الشركة أو المؤسسة التي أصدرته لأجل بالفائدة المشروطة والثابتة، فهو من ربا النسيئة وربا الفضل.

٢- إن هذا القرض صورة من صور ودائع البنوك، تحسب له فوائد في جميع أنواعه، لاستخدام البنوك لها في استثمارات خاصة بعد تملكها مع ضمان رد المثل وزيادة. وهذا هو القرض الإنتاجي الربوي الذي كان شائعاً في الجاهلية، وحرم في الكتاب والسنة[3].

---

(١) الأسواق المالية: محمد القري عيد، مجلة المجمع، (جدة، منظمة المؤتمر الإسلامي، ع٦): ٢/ ١٥٩٩، والمعاملات المالية المعاصرة: شبير: ص١٧٧، وحكم الإسلام في شهادات الاستثمار وصناديق التوفير وودائع البنوك: عبدالرحمن صبحي زعيتر: ص٩٢-٩٣.

(٢) الفتاوى: محمود شلتوت:ص٣٥٥، والمعاملات المالية المعاصرة: شبير: ص٢١٩، وفقه الزكاة: د.يوسف القرضاوي: ١/ ٥٢٧، والشركات في الشريعة الإسلامية: الخياط: ٢/ ٢٢٧، والاقتصاد الإسلامي: د/ علي السالوس: ١/ ٢٠٩، وشركة المساهمة في النظام السعودي: المرزوقي: ص٣٩٥.

(٣) المعاملات المالية المعاصرة، شبير: ص٢٢٠.

القول الثاني: إن التعامل بشهادات الاستثمار جائز شرعاً وإن أرباحها حلال. وهذا ما ذهب إليه بعض العلماء المعاصرين[١].

واستدل هذا الفريق بما يلي[٢]:

١- إن شهادات الاستثمار (السندات) صورة من صور المضاربة، وهي جائزة شرعاً[٣].

٢- إن شهادات الاستثمار من المعاملات الحديثة التي تحقق نفعاً للأفراد والأمة، والأصل في المعاملات الحل فيجوز منها ما هو نافع[٤].

٣- شهادات الاستثمار يشتريها الشخص بنية مساعدة الدولة لا بقصد استغلال فرد معين، والدولة هي التي تقوم بدفع الأرباح لأصحاب هذه الشهادات، وشهادات الاستثمار تعتبر وديعة أذن صاحبها باستثمار قيمتها، وهي ليست قرضاً من البنك[٥]، وكذلك خلو التعامل مع البنك من الاستغلال[٦].

---

(١) بحث في حكم الشريعة على شهادات الاستثمار: علي الخفيف (القاهرة، هدية مجلة الأزهر، الجزء الرابع، ١٩٩٧م): ص٢٨، والمعاملات في الإسلام: د/ محمد سيد طنطاوي (القاهرة، هدية مجلة الأزهر، ج١١، ١٩٩٧م): ص٧١ وما بعدها، وحكم الإسلام في شهادات الاستثمار: ص٩٨ و١١٨؛ ورأي التشريع الإسلامي في مسائل البورصة: **لأستاذنا الدكتور/ أحمد يوسف سليمان**، (الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية، الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية): ج٥، م١: ص٤٣٥، والفقه الإسلامي وأدلته، للزحيلي ٩/ ٤٣٥.

(٢) صدرت هذه الفتوى عن دار الافتاء المصرية في جريدة الأخبار المصرية عدد (١١٦٥٤) بتاريخ: ٨/ ٩/ ١٩٨٩م.

(٣) بحث في حكم الشريعة: الخفيف: ص٢٢، وحكم الإسلام في الشهادات: زعيتر، ص٢٢.

(٤) حكم الإسلام في الشهادات: زعيتر، ص٢٥.

(٥) الاقتصاد الإسلامي والقضايا الفقهية المعاصرة: علي أحمد السالوس ١/ ٣٨٧، وحكم الإسلام في الشهادات: زعيتر، ص٢٢.

(٦) الاقتصاد الإسلامي: السالوس: ١/ ٣٥١.

٤ - هذه المعاملة تقوم على التراضي بين طرفيها، وهذا التراضي يجعل المعاملة جائزة[١].

٥ - الفائدة التي يحصل عليها مالك تلك الشهادة هي نوع من المكافأة أو الهبة وللدولة أن تكافئ أبناءها العقلاء لقوله ﷺ: **(من أسدى إليكم معروفاً فكافئوه)**[٢]، وهي من باب قوله ﷻ: ﴿**وَإِذَا حُيِّيتُم بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَآ أَوْ رُدُّوهَآ**﴾[٣]، ولذلك فإن دار الإفتاء المصرية قد اقترحت على المسؤولين في البنك الأهلي المصري أن يتخذوا الإجراءات اللازمة لتسمية الأرباح بالعائد الاستثماري أو الربح الاستثماري[٤].

٦ - تحديد الفائدة أو الربح أصبح ضرورياً بعد فساد ذمم الكثير من الناس، فيرون أنه من المصالح[٥]. وإن المضاربات تكون حسب اتفاق الشركاء، ونحن الآن في زمان ضعفت فيه ذمم الناس، ولو لم يكن لصاحب المال نصيب معين من الربح، لأكله شريكه[٦].

القول الثالث: ذهب بعض العلماء إلى التفريق بين أنواع الشهادات فأجازوا البعض، وحرموا البعض الآخر. حيث أجازوا التعامل بشهادات المجموعة الثالثة (ج) دون الشهادتين (أ)، و(ب) السابق ذكرها.

---

(١) المعاملات المالية المعاصرة، شبير: ٢٢١.

(٢) أخرجه البخاري والنسائي بلفظ: **(ومن أتى إليكم معروفاً فكافئوه)**. انظر: البخاري، الأدب المفرد، ص٢٤. والنسائي، (كتاب الزكاة: باب من سأل بالله، حديث رقم ٢٣٤٨)، السنن الكبرى، ٢/ ٤٣؛ وقال الألباني: صحيح. انظر: الألباني، صحيح سنن النسائي: ٢/ ٥٤٢.

(٣) سورة النساء، الآية [٨٦].

(٤) المعاملات المالية المعاصرة: شبير: ص٢٢١، وحكم الإسلام في الشهادات: زعيتر: ص٢٢.

(٥) رأي التشريع الإسلامي للدكتور أحمد يوسف:ج٥، م١:ص٤٣٥، والفقه الإسلامي وأدلته: للزحيلي ٩/ ٤٣٥.

(٦) حكم الإسلام في شهادات الاستثمار: زعيتر، ص٢٣-٢٤.

واستند هذا الفريق في جواز الشهادات ذات الجوائز (ج) لما يلي:

١- إن شهادات الاستثمار (ج) ذات الجوائز دون الفائدة، تدخل في نطاق الوعد بجائزة الذي أباحه بعض الفقهاء، ومن ثم تصبح قيمة الجائزة من المباحات شرعاً[١].

٢- إن الشهادة ذات الجوائز (ج) المال المدفوع فيها قرض، حيث انتقل المال المدفوع فيها إلى مالك البنك وإنه حلال شرعاً، بل هي مندوبة، حيث إن المصالح فيها متحققة والمفسدة متوهمة، والأحكام لا تبنى على الأوهام[٢].

٣- أن الشهادة ذات الجوائز (ج) تحقق نفعاً للأفراد والأمة.

ويستند هذا الفريق في تحريم شهادات الاستثمار ذات الفائدة المحددة مقدماً من فئة (أ) وفئة (ب) إلى الأدلة نفسها التي استدل بها أصحاب القول الأول.

الترجيح:

الراجح هو القول الأول بأن السندات قروض بفائدة، وذلك لأن جميع أنواع السندات لا تخرج عن كونها عقد قرض اجتمعت فيه عناصر الديون الثلاثة: الدين، والأجل، وزيادة مشروطة في الدين مقابل الأجل[٣].

وقد صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي رقم (٦٢/ ١١/ ٦) في دورة مؤتمره السادس بجدة من ١٧-٢٣ شعبان ١٤١٠هـ الموافق ١٤-٢٠ آذار/ مارس ١٩٩٠م[٤]، جاء ما نصه:

---

(١) الفتاوى الإسلامية في القضايا الاقتصادية، فتوى للشيخ جاد الحق علي جاد الحق (القاهرة، كتاب الأهرام الاقتصادي، ع١٤، ١٩٨٩م): ص٥٣.

(٢) حكم الإسلام في شهادات الاستثمار: زعيتر، ص٢٢.

(٣) أسواق الأوراق المالية: سمير عبد الحميد رضوان، (القاهرة، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ١٤١٧هـ-١٩٩٦م): ص٣٠١.

(٤) مجلة مجمع الفقه الإسلامي (جدة، منظمة المؤتمر الإسلامي، ع٦): ٢/ ١٧٢٥، ١٧٢٦.

١ - إن السندات التي تمثل التزاماً بدفع مبلغها مع فائدة منسوبة إليه أو نفع مشروط محرمة شرعاً من حيث الإصدار أو الشراء أو التداول، لأنها قروض ربوية سواء أكانت الجهة المصدرة لها خاصة أم عامة ترتبط بالدولة، ولا أثر لتسميتها شهادات أو صكوكاً استثمارية أو ادخارية أو تسمية الفائدة الربوية الملتزم بها ربحاً أو ريعاً أو عمولة أو عائداً.

٢ - تحرم أيضاً السندات ذات الكوبون الصفري باعتبارها قروضاً يجري بيعها بأقل من قيمتها الاسمية، ويستفيد أصحابها من الفروق باعتبارها خصماً لهذه السندات.

٣ - كما تحرم أيضاً السندات ذات الجوائز باعتبارها قروضاً اشترط فيها نفع أو زيادة بالنسبة لمجموع المقرضين، أو لبعضهم لا على التعيين، فضلاً عن شبهة القمار.

تطوير الأدوات المالية التمويلية الإسلامية والبدائل الشرعية للسندات:

الأدوات المالية الإسلامية كما عرفها الدكتور: حسين حامد حسان هي: «صكوك تمثل حصة شائعة في مال جمع بقصد استثماره للحصول على ربح، يصدره الشخص المستثمر، بصفته مضارباً، أو يصدره شخص آخر لحساب المستثمر، يقبل التداول، والتحويل إلى نقوده»[(١)].

وقد اجتهد الكثير من المفكرين الاقتصاديين المسلمين للعمل على إظهار أدوات مالية إسلامية تتفق مع الشريعة الإسلامية، فطرح بعض الباحثين سندات المقارضة كبديل للسندات وشهادات الاستثمار.

وقد سبق الحديث عن مسألة: «سندات المقارضة»[(٢)] عند الحديث عن شركة المضاربة، في هذا الفصل.



(١) الأدوات المالية الإسلامية: د/ حسين حامد حسان، مجلة المجمع، ع٦: ٢/ ١٤١٦ - ١٤١٧.

(٢) راجع: ص٣٩٨ من هذا الكتاب.

المبحث الثالث
أثر المصلحة المرسلة في التأمين

وفيه مطلبان:

المطلب الأول
تعريف التأمين لغة واصطلاحاً

أولاً: التأمين لغة:

التأمين في اللغة: مصدر للفعل أمَّن يؤمِّن تأميناً، وهو مشتق من الأَمْنِ، وهو طمأنينة النفس وزوال الخوف.

ورجل أُمَنَةٌ بضم الهمزة: وهو الرجل الذي يأمنهُ الناس ولا يخافون غائلته. والأمانة: الوفاء، ضد الخيانة، وتطلق على الوديعة، و«المُؤْمِنُ» من صفات الله تعالى؛ لأنه آمن عباده من أن يظلمهم. وآمَنَهُ: ضد أخافه. والأَمْنُ: ضد الخوف. و(أَمِنهُ، وائتمنه) بمعنى واحد. واستأمنه: طلب منه الأمان(١).

ولما كان المراد بالأمن هو طمأنينة النفس وزوال الخوف فيصبح معنى التأمين اللغوي هو: ما يبعث على الطمأنينة للنفوس وإزالة الخوف.

ثانياً: التأمين في الاصطلاح:

للتأمين مصطلحان، وهما: نظرية التأمين وعقد التأمين، تتحدد من خلالهما معالم التأمين حيث يفرق شراح القانون بين نظرية التأمين وعقد التأمين.

نظرية التأمين:

لها عدة تعريفات منها:

١ - «ليست إلا تعاوناً منظماً تنظيماً دقيقاً بين عدد كبير من الناس معرضين جميعاً لخطر واحد، حتى إذا تحقق الخطر بالنسبة إلى بعضهم، تعاون الجميع في مواجهته، بتضحية قليلة

---

(١) لسان العرب ١٣/ ٢١. وانظر: التوقيف على مهمات التعريف: ص٩٤.

يبذلها كل منهم، يتلافون بها أضراراً جسيمة تحيق بمن نزل به الخطر منهم»[1].

٣- «نظام تعاقدي يقوم على أساس المعاوضة، غايته التعاون على ترميم أضرار المخاطر الطارئة بواسطة هيئات مُنظمة تزاول عقوده بصورة فنية قائمة على أُسس وقواعد إحصائية»[2].

والتأمين بهذا المعنى، أي باعتباره فكرة ونظاماً غير منظور فيه إلى الوسائل العملية لتحقيق الفكرة وتطبيق النظام أمر يتفق مع مقاصد الشريعة العامة وتدعو إليه أدلتها الجزئية.

أما عقد التأمين فقد حظي بأكثر من تعريف في القوانين المدنية، منها:

١ - «التأمين عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً مرتباً، أو عوضاً مالياً آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين في العقد وذلك في نظير قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن»[3].

٢ - «عقد بين طرفين أحدهما يسمى المُؤمِّن والثاني المؤَمَّن له، يلتزم فيه المؤمِّن بأن يؤدي إلى المؤمَّن له لمصلحته مبلغاً من المال أو إيراداً مرتباً أو أي عوض مالي آخر، في حالة وقوع حادث أو خطر مبين في العقد، وذلك في مقابل قسط شهري أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمَّن له إلى المُؤَمِّن»[4].

---

(١) الوسيط في شرح القانون المدني: د. عبد الرزاق السنهوري ٧/ ١٠٨٠.

(٢) انظر: نظام التأمين: مصطفى الزرقاء: ص١٩.

(٣) القانون المدني المصري، الباب الرابع، الفصل الثالث، المادة رقم ٧٤٧، انظر: التأمين الإسلامي بين النظرية والتطبيق: عبد السميع المصري: ص٧. وبهذا التعريف أو قريب منه عرفته قوانين كثير من الدول العربية: (انظر: القانون المدني الأردني، المادة(٩٢٠) رقم (٤٣) سنة ١٩٧٦م، والقانون المدني الكويتي، المادة(٧٧٣»).

(٤) انظر: نظام التأمين: الزرقاء: ص١٩؛ والتأمين الإسلامي بين النظرية والتطبيق: عبد السميع المصري: ص٧.

المطلب الثاني
مسائل في التأمين وبيان أثر المصلحة المرسلة في مشروعيته

المسألة الأولى: التأمين التجاري

يقسم القانونيون التأمين من حيث نوعه وطبيعة الأخطار المؤمن منها، ومن حيث الصيغة التي يتحقق بها في العمل، أي من حيث الهيئات القائمة عليه في الواقع وتمارسه في العمل إلى عدة تقسيمات يختلف بعضها عن بعض من عدة وجوه. وأنواعه هي:

النوع الأول: التأمين التجاري أو التأمين بقسط ثابت:

تعريف التأمين التجاري: هو تأمين تتفق فيه شركة مع عملائها على تعويضهم الأخطار المؤمن ضدها نظير دفع كل منهم قسطاً ثابتاً.

أقسام التأمين التجاري:

يقسم التأمين التجاري بحسب موضوع الخطر المؤمَّن منه إلى قسمين:

القسم الأول: التأمين على الأشخاص.

القسم الثاني: التأمين من الأضرار.

القسم الأول: التأمين على الأشخاص:

يقصد به التأمين الذي يبرمه الشخص ضد الأخطار التي تهدد بدنه كموت، وفقدان عضو، وهرم، ومرض، ونحو ذلك، مما قد يقعده عن الكسب والعمل، ومن أشهرها:

١ - التأمين على الحياة.

٢ - التأمين ضد الحوادث، التي يتعرض لها الأشخاص.

٣ - التأمين ضد المرض، الذي قد يقعد الإنسان عن العمل، كلياً أو جزئياً.

٤ - التأمين ضد الهرم والشيخوخة[1].

---

(١) التأمين وأحكامه: د. سليمان بن ثنيان: ص٧٣، نقلا عن ألفابية التأمين / لريمر شميث: ص٣٦٤ (بالألمانية).

التأمين على الحياة:

وله أنواع كثيرة[١] من أهمها.

النوع الأول: التأمين لحالة الوفاة:

وله ثلاث صور:

الصورة الأولى: التأمين العمُري، وفيه يدفع المؤمِّن مبلغ التأمين للمستفيد عند وفاة المؤمَّن على حياته. فهو تأمين عُمري لأنه يبقى طول عمر المؤمن على حياته ولا يستحق مبلغ التأمين إلا عند حدوث هذه الوفاة.

الصورة الثانية: التأمين المؤقت، وفيه يدفع المؤمِّن مبلغ التأمين للمستفيد إذا مات المؤمَّن على حياته خلال مدة معينة؛ فإن لم يمت خلال هذه المدة برئت ذمة المؤمِّن (الشركة)، فلا يستحق المؤمَّن مبلغ التأمين، ولا يسترد ما دفع من أقساط.

الصورة الثالثة: تأمين البقيا، وهو تأمين لا يُستحق فيه مبلغ التأمين للمستفيد إلا إذا بقي حياً بعد موت المؤمِّن على حياته، فإذا مات المستفيد قبل موت المؤمِّن على حياته انتهى التأمين، وبرئت ذمة المؤمِّن (شركة التأمين) من مبلغ التأمين، ولا يسترد الأقساط التي قبضها.

النوع الثاني: التأمين لحالة البقاء:

وهو عقد يلتزم بموجبه المؤمِّن مقابل أقساط، بأن يدفع مبلغ التأمين في وقت معين إذا كان المؤمَّن على حياته قد ظل حياً إلى ذلك الوقت. والغالب في هذا النوع من التأمين أن يكون المستفيد هو المؤمَّن على حياته نفسه، فيستحق مبلغ التأمين إذا بقي على قيد الحياة عند حلول الأجل المعين في وثيقة التأمين.

---

(١) يراد بحالة البقاء، أن المؤمن يدفع مبلغ التأمين إلى المؤمن له إذا بقي حياً إلى الوقت المحدد في العقد، ولا شيء له إن مات قبل ذلك. ويراد بحالة الوفاة: أن المؤمن لا يدفع مبلغ التأمين إلا إذا مات المؤمن له قبل الوقت المحدد في العقد. والمختلط: هو أن يدفع المؤمن مبلغ التأمين إلى المؤمن له إن بقي حياً إلى الوقت المحدد وإلا دفعه إلى من يعينه مستفيدا. انظر: التأمين في الشريعة الإسلامية والقانون: د. غريب الجمال: ص٥٠ وما بعدها.

النوع الثالث: التأمين المختلط:

وهو عقد يلتزم بموجبه المؤمِّن في مقابل أقساط بأن يدفع مبلغ التأمين، إما للمؤمَّن على حياته عند بقائه إلى أجل معين، وإما للمستفيد من موت المؤمَّن على حياته بعد موته خلال مدة التأمين. وسُمي هذا النوع من التأمين مختلطاً لأنه يجمع بين مزايا التأمين في حالة الوفاة والتأمين في حالة البقاء(١).

القسم الثاني- التامين من الأضرار:

وهذا النوع من التأمين يخضع لمبدأ التعويض الذي يقصد به تعويض المؤمَّن له عن خسارة تلحق ذمته المالية، فهو تأمين لا يتعلق بشخص المؤمَّن له، ويتقاضى من شركة التأمين تعويضاً عن هذا الضرر في حدود المبلغ المتفق عليه في عقد التأمين، وليس للمؤمَّن له أن يحصل على تعويض من المؤمِّن إلا إذا لحقه ضرر في ماله، ومن نتائجه أن المستأمن لا يستطيع أن يجمع بين ما تدفعه له شركة التأمين من تعويض وما قد يستحقه من المسؤول عن إيقاع الضرر به، كالمسؤول عن الحريق مثلاً، وهو نوعان(٢): التأمين على الأشياء، والتأمين من المسؤولية.

النوع الأول: التأمين على الأشياء:

يراد به كل تأمين يعقد لحماية الأموال والممتلكات ضد الأخطار التي قد تتعرض لها. وهو يشمل جميع الأموال والممتلكات الخاصة والعامة. ويقصد به تعويض المؤمَّن له من السرقة والحريق، أو تأمين المزروعات من التلف، والتأمين ضد الإعسار، أو التأمين التَّوي وهو لتأمين الوفاء بالدين(٣)، ونحو ذلك.

---

(١) انظر: حكم الشريعة الإسلامية في عقود التأمين: د. حسين حامد حسان: ص٢٨-٣٠.

(٢) المرجع السابق: ص٣٦.

(٣) بحث حكم التأمين في الشريعة الإسلامية: د. عبد الناصر توفيق العطار، المؤتمر العالمي الإسلامي الأول للاقتصاد بمكة المكرمة، :ص١١؛ والتأمين في الشريعة الإسلامية: الجمال، ص١١٣.

النوع الثاني: التأمين من المسؤولية:

وهو تأمين المؤمَّن له من الأضرار التي تصيبه في ماله نتيجة لحوق ضرر بالآخرين: مثل تأمين المسؤولية الناشئة عن حوادث العمل، والمسؤولية عن حوادث السيارات، ونحوه[(١)].

الحكم الشرعي لعقد التأمين التجاري:

اختلف العلماء في حكم عقد التأمين التجاري إلى مذهبين:

المذهب الأول: هو تحريم العقد:

وهو مذهب أكثر العلماء[(٢)].

واستدلوا بما يلي[(٣)]:

- **عقد التأمين يشتمل على الغرر الكثير**: وحقيقة الغرر هي: «ما يكون مستور العاقبة»[(٤)]، وعقد التأمين عقد معاوضة تتم بين القسط الذي يدفعه المستأمن ومبلغ التأمين الذي تتعهد شركة التأمين دفعه عند وقوع الخطر المؤمَّن منه. والغرر فيه هو الفارق بين ما يدفعه المؤمَّن من أقساط، وما تدفعه شركة التأمين عند وقوع هذا الخطر.

والغرر يفسد عقود المعاوضات، لما روى أبو هريرة قال: (نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة وبيع الغرر)[(٥)]. يقول القرافي: «الغرر في الوجود، وفي الحصول كالطير في

---

(١) التأمين وموقف الشريعة الإسلامية منه: محمد السيد الدسوقي: ص٢١.

(٢) أحكام السوكرتاه: محمد بخيت المطيعي، (القاهرة، ١٩٣٢م)؛ حكم التأمين على الحياة: أحمد إبراهيم، (القاهرة، مقال في مجلة الشبان المسلمين، سنة ١٣، ع ٣، ١٩٤١م)، والتأمين وموقف الشريعة: الدسوقي، ص٨٥ نقلاً عن الشيخ عبد الرحمن قراعة، ونظام التأمين: د. مصطفى الزرقاء: ص٦٧ نقلاً عن محمد أبو زهرة؛ والتأمين في الشريعة والقانون: الجمال، ص٢٢٤ نقلاً عن الشيخ عبد الله القلقيلي؛ الغرر وأثره في العقود: د. الصديق الضرير : ص٦٥٠.

(٣) انظر: نظرية التأمين في الفقه الإسلامي: د. محمد زكي السيد: ص٩٣، وحكم الشريعة الإسلامية في عقود التأمين: حسان، ص٥٤ وما بعدها.

(٤) المبسوط: أبو بكر محمد بن أبي سهيل السرخسي (بيروت، دار المعرفة): ١٣/ ١٩٤.

(٥) سبق تخريجه: ص٣٠١ من هذا الكتاب.

الهواء، وفي المقدار كالبيع إلى مبلغ رمي الحصاة، وفي الأجل»[١]. والغرر الذي يفسد عقود المعاوضات هو الغرر الكثير الفاحش، والغرر الموجود في عقد التأمين التجاري غرر كبير فاحش لأنه يتعلق بحصول العوضين ومقدارهما، فجميع عقود التأمين التجاري تتضمن الغرر في الحصول أو الوجود؛ لأن مبلغ التأمين الذي وقع العقد عليه قد يحصل عليه المستأمن، وربما لا يحصل عليه.

يقول الدكتور العطار[٢]: «من المعروف في فقه القانون، أن عقد التأمين من عقود الغرر، فقد يدفع المؤمَّن له كل أقساط التأمين ولا يحدث الخطر المؤمن منه، فلا يقبض من مبلغ التأمين شيئاً. كذلك قد يدفع المؤمَّن له بعض الأقساط ثم يحدث الخطر، فيدفع المؤمِّن مبلغ التأمين كاملاً في الوقت الذي لم يقبض فيه من المؤمن له إلا أقساطاً يسيرة، فعقد التأمين عقد احتمال؛ لأن الخطر المؤمَّن منه محتمل الوقوع في ذاته أو في تاريخه، الأمر الذي لا يمكن معه معرفة ما سيدفع من أقساط في صور التأمين على الأشخاص، كما لا يمكن معرفة ما إذا كان مبلغ التأمين سيدفع أو لن يدفع في صور التأمين ضد الأضرار»[٣]. فعقد التأمين يتضمن الغرر في المقدار، وكذلك يتضمن الغرر في الأجل كما في التأمين العُمري حيث تلتزم شركة التأمين بدفع مبلغ التأمين عند وفاة المستأمن وهو أجل مجهول.

وقد جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، في دورته الثانية المنعقدة في جدة، أن عقد التأمين التجاري حرام شرعاً لما فيه من غرر كبير مفسد للعقد[٤].

---

(١) الفروق: شهاب الدين القرافي (بيروت، دار المعرفة): ٣/ ٣٦٥.

(٢) هو: الدكتور عبد الناصر توفيق العطار، أستاذ القانون المدني، وعميد كلية الحقوق بأسيوط سابقاً.

(٣) حكم التأمين في الشريعة الإسلامية: د. عبد الناصر العطار: ص٤١-٤٢.

(٤) قرار رقم (٢) (مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع٢، ١٤٠٦هـ- ١٩٨٥م): ٢/ ٧٣١.

* **اشتمال عقد التأمين على الربا بنوعيه**: لأنه عقد معاوضة بين ما يدفعه المؤَمَّن له ومبلغ التأمين، وكلاهما من النقود من جنس واحد. والمبلغ الذي يأخذه المستأمن بعد أجل يحتمل أن يكون مساوياً لما دفعه وأخذه بعد أجل فيكون ربا نسيئة، أو متفاضلاً وأخذه بعد أجل فيكون ربا فضل وربا نسيئة. وهذا الربا يفسد عقد التأمين باتفاق الفقهاء، قال الرملي: «إذ بيع النقد بالنقد إن كان جنساً اشترط الحلول والمماثلة والتقابض فمتى اقترن بأحدهم تأجيل، ولو للحظة وهما في المجلس لم يصح. والتقابض، يعني القبض الحقيقي قبل التفرق. أو (كانا) جنسين – كذهب وفضة – جاز التفاضل واشترط الحلول والتقابض»[(١)]. كما أنه إذا تأخر المؤمن له عند دفع أحد الأقساط كان ملزماً بدفع فوائد التأخير، وهذا شرط مقترن بالتأمين، وهو ربا محرم باتفاق العلماء.

وقد جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي، في دورته الثانية المنعقدة في جدة، بما يؤيد ذلك[(٢)].

* **اشتمال عقد التأمين على القمار**: إن كلاً من التأمين والقمار فيه مخاطرة تعتمد على عنصري الخطر والمصادفة، والمخاطرة فيهما تعتمد أساساً على نظرية الاحتمالات، والمؤمن والمقامر في توقعه للخطر يبني كل منهما حساباته على أساس احتمال وقوعه. ولا يتصور قيام تأمين تجاري ولا غيره إلا بوجود عنصري الخطر[(٣)] والاحتمال[(٤)]. فهما العنصران

---

(١) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: للرملي ٤/ ٢٧٩.

(٢) قرار رقم (٥) (مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع٢، ١٤٠٧هـ- ١٩٨٦م): ٢/ ٦٤٤-٦٤٥.

(٣) انظر: الوسيط في شرح القانون المدني: عبد الرزاق أحمد السنهوري ٧/ ٢/ ١١٤٤، ١٢١٧-١٢٤٥.

(٤) المرجع السابق: ٧/ ٢/ ١٢١٨. ثم إن شركات التأمين لا تقبل من المخاطر إلا ما يندر وقوعه، أما متوسط الوقوع وكثيره، فلا تقبله إلا بأقساط عالية جداً، وكلما زاد احتمال وقوع الخطر زاد القسط، حتى إذا كاد أن يكون محتم الوقوع أحجمت عن قبوله البتة، فهي لا تقبل ما لا يحقق لها يقيناً أخذ الكثير وإعطاء القليل.

المؤثران المقومان لكل تأمين، وهما العنصران المؤثران المقومان لكل قمار[١]. فالتأمين قمار محرم بالإجماع[٢]، وهو الميسر المحرم بنص القرآن[٣].

المذهب الثاني: الإباحة:

واستند القائلون بجواز التأمين إلى عدة أمور، منها:

- **الأصل في العقود الإباحة إلا ما دل الدليل الشرعي على تحريمه**، لقوله ﷻ: ﴿هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ لَكُم مَّا فِى ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا﴾[٤]. فالله خلق كل شيء على وجه الإباحة لخلقه، ومن هذه المباحات العقود، وعقد التأمين واحد منها، ولم يرد نص بخصوصه بالتحريم[٥].

* **قياس التأمين على ضمان خطر الطريق**، وهو مذهب الحنفية[٦].

---

(١) انظر: الوسيط: السنهوري: ٧/ ٢/ ٩٨٨، والتأمين بين الحل والتحريم: عيسى عبده: ص٢٤١-٢٤٣، ونظرية التأمين في الفقه الإسلامي: زكي السيد: ١٠٢-١١٢، والتأمين في الشريعة والقانون: شوكت عليان: ص٢٣٤-٢٣٦.

(٢) قرار رقم (٥) (مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع٢، ١٤٠٧هـ- ١٩٨٦م): ٢/ ٦٤٤.

(٣) انظر: تفسير الطبري: ٢/ ٢٠٨؛ والجامع لأحكام القرآن للقرطبي: ٣/ ٥٢، وتفسير القرآن العظيم لابن كثير ٢/ ٩١، وتفسير أبي السعود: إرشاد العقل السليم إلى مزايا القرآن الكريم ١/ ٢١٨؛ ورسالة أحكام السكورتاه: المطيعي: ص٧.

(٤) سورة البقرة، الآية [٢٩].

(٥) انظر: عقد التأمين وموقف الشريعة منه: مصطفى الزرقاء (دمشق، مؤتمر الفقه الإسلامي، ١٣٨٠هـ، ط المجلس الأعلى لرعاية الفنون والآداب) ص٣٨٧-٣٨٨؛ وبحث عقد التأمين: عبد الرحمن عيسى: ص٤٧٦، ونظام التأمين حقيقته والرأي الشرعي فيه: الزرقاء : ص٣٣.

(٦) ينظر: رد المحتار على الدر المختار: ٣/ ٢٧١.

ويقول المجيزون: «إن التزام ضامن خطر الطريق هو عين التزام شركة التأمين بضمان المؤمن عليه عند وقوع الخطر، وبما أن خطر الطريق جائز شرعاً، فكذلك التأمين»[(١)].

* **قياس التأمين على الإجارة:** يحتج المجيزون للتأمين بأنه يشبه الإجارة: فالحارس الأجير يحقق الأمان والاطمئنان لمن استأجره، والتأمين يحقق الأمان والاطمئنان كذلك للمؤمن لهم. وبما أن استئجار الحارس لتحقيق هذه الغاية جائز شرعاً، فكذلك التأمين، لما بين العقدين من تحقيق لهذه الغاية[(٢)]. والأجير المشترك يضمن للمستأجر الأضرار التي تلحق بالعين المستأجر عليها وهو جائز، والتأمين يضمن للمؤمن لهم ما يلحق المؤمن عليه من أضرار، فكذلك يجوز ضمان التأمين لما بينهما من تماثل في الضمان[(٣)].

* **قياس التأمين على العاقلة:** فعاقلة الرجل هم الذين يتحملون عنه دية الخطأ[(٤)].

وقد احتج المجيزون إن الشارع قد أقر، بل ألزم العاقلة بتحمل دية الخطأ لما في ذلك من المصلحة والتعاون. فما المانع من فتح باب لتنظيم مثل ذلك، وجعله إلزامياً بطريق التعاقد والإرادة الحرة، كما ألزم به الشارع دون تعاقد. وهل المصلحة التي ألزم بها الشارع لعظمها تكون مفسدة إذا حققها الناس على نطاق واسع بطريق التعاقد والمعاوضة؟[(٥)].

* **إباحة التأمين بالتعاون:** احتج المجيزون للتأمين أن في التأمين تعاوناً على دفع الكوارث، وترميم آثارها، وأنه من باب التعاون على البر والتقوى، لقوله ﷻ: ﴿وَتَعَاوَنُوا

---

(١) ينظر: نظام التأمين: الزرقاء: ص٥٨، وبحث التأمين: علي الخفيف، (قدمه لمجمع البحوث الإسلامية ١٣٨٥هـ): ص٣٥.

(٢) انظر: نظام التأمين: الزرقاء: ص٥١، وحكم التأمين في الشريعة الإسلامية: العطار: ص٤٧.

(٣) انظر: التأمين: عليان: ص٧٣.

(٤) انظر: تحفة الفقهاء: علاء الدين السمرقندي: ٣/ ١٢٢١، وانظر: الشرح الكبير: للدردير ٤/ ٢٨٢، والمهذب للشيرازي ٢/ ٢١٢، وكشاف القناع: للبهوتي٦/ ٥٩؛ والمغني: ابن قدامة: ٧/ ٧٨٦.

(٥) انظر: نظام التأمين: الزرقاء (ط مؤسسة الرسالة) ص٦١-٦٢.

﴿عَلَى ٱلۡبِرِّ وَٱلتَّقۡوَىٰۖ﴾[(١)]. وأمر به رسول الله ﷺ في قوله: **(من نَفَّسَ عن مؤمن كربة من كرب الدنيا نفس الله عنه كربة من كرب يوم القيامة)**[(٢)].

وشركة التأمين ما هي إلا وسيط ينظم هذا التعاون. فيكون التأمين جائزاً كأي نظام تعاوني شرعه الإسلام[(٣)].

الترجيح:

مما تقدم قوله في حقيقة التأمين التجاري، وأدلة المانعين والمجيزين يترجح حرمة التأمين التجاري الذي أفتى بجوازه بعض العلماء، وذلك لما يلي:

* أنه عقد من عقود المعاوضات التي يدفع فيها المتعاقد مبلغاً من المال ليحصل على معاوضة معينة، وشركة التأمين لا تدفع للمؤمن له مبلغ التأمين إلا إذا دفع أقساط التأمين.

* أن من شروط عقود المعاوضات العلم بمقدار ما يحصل عليه كل متعاقد، والعلم بالأجل الذي يحصل فيه على العوض، فعن ابن عباس قال: قدم النبي ﷺ وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين، فقال: **(من أسلف في شيء ففي كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم)**[(٤)].

---

(١) سورة المائدة، الآية [٢].

(٢) رواه مسلم في صحيحه ٤/ ٢٠٧٤، كتاب: الذكر والدعاء والتوبة والاستغفار، باب: فضل الاجتماع على تلاوة القرآن وعلى الذكر، رقم ٢٦٩٩.

(٣) انظر: نظام التأمين: الزرقاء: ص٢٨، ٤٢، ٥٦، ٧٤، ١٤١، والمؤتمر العالمي الأول للاقتصاد الإسلامي – قول علي الخفيف، (المركز العالمي لأبحاث الاقتصاد الإسلامي. جامعة الملك عبد العزيز، ط١، ١٤٠٠هـ): ص٤١٨، ونظام التأمين في هدي أحكام الإسلام وضرورات المجتمع المعاصر: د/ محمد البهي: ص٦٩-٧٠.

(٤) سبق تخريجه: ص٢٧٦ من هذا الكتاب.

* أنه عقد من عقود الغرر المنهي عنه في الحديث[١].

* اشتماله على الربا، وخاصة في التأمين على الحياة أو الأشخاص، والتأمين المؤقت.

* التأمين أكل صريح لأموال الناس بالباطل، فشركاته لا تقوم بأي عمل أو خدمة لأحد من المؤمن لهم، وإنما هي تلعب بالحظوظ، بطرق تضمن لنفسها الربح السهل السريع الرخيص.

* يؤدي التأمين إلى تكدس الأموال في أيدي قلة من الناس متحكمة متسلطة، توجه الأمور بما يحفظ مصالحها الخاصة. وقد حذّر الإسلام من ذلك، لقوله تعالى: ﴿كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنكُمْ﴾[٢].

المسألة الثانية: التأمين التعاوني

مفهوم التأمين التعاوني:

كما تقدم فإن كلمة التأمين تعني تحقيق الأمن، والتأمين المقصود هنا هو تخفيف أثر الكوارث والخطوب وترميم آثارها بقدر الاستطاعة؛ فهو تأمين لا من وقوع الخطر وإنما من شدة آثاره واستمرارها وتفاقمها مع عدم وجود من يعين. وكلمة التعاوني تعني أن يكون القيام بذلك على سبيل التعاون والمساعدة والتبرع وفعل الخير، وليس بغرض التجارة والكسب وتنمية المال. فهو من تطبيق قوله ﷻ: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾[٣]، وقول النبي ﷺ **(المؤمن للمؤمن كالبنيان يشد بعضه بعضاً)**[٤]، والنصوص في هذا كثيرة.

---

(١) راجع: حديث: (نهى رسول الله عن بيع الحصاة وبيع الغرر): ص٤٢٧ من هذا الكتاب.

(٢) سورة الحشر، الآية [٧].

(٣) سورة المائدة، من الآية [٢].

(٤) رواه البخاري في صحيحه ٥/ ٢٢٥٢، كتاب: الأدب، باب: تعاون المؤمنين بعضهم بعضا، رقم ٥٦٨٠، ومسلم في صحيحه٤/ ١٩٩٩، كتاب: البر، باب: تراحم المؤمنين وتعاطفهم وتعاضدهم، رقم ٢٥٨٥.

ومن ذلك فالمقصود بالتأمين التعاوني: عمل مجموعات من الناس على تخفيف ما يقع على بعضهم من أضرار وكوارث من خلال تعاون ممن يضم كل مجموعة يجمعها جامعٌ معين، وبحيث يكون المقصود من هذا التعاون المؤازرة ورأب الصدع الذي ينزل ببعض الأفراد من خلال تكاتف مجموعهم على ذلك، فقصد التجارة والكسب والربح الذاتي معدوم عند كل منهم في هذا التجمع[1].

صور التأمين التعاوني:

للتأمين التعاوني صورتان؛ هما:

الصورة الأولى: التأمين التعاوني البسيط، وهو بصورة جمعية تعاونية صغيرة من مجموعة معينة من الأشخاص لتفادي الأضرار الناتجة عن خطر معين، بحيث يدفعون اشتراكات سنوية تزيد وتنقص حسب الحاجة، وتخصص هذه الاشتراكات لتعويض كل من يلم به الخطر المؤمن منه، وإذا بقي شيء أعيد لهم، وإذا لم تفِ الأقساط أخذ منهم[2]، وفيها يكون المؤمنون هم المؤمن لهم، ويديرها متبرعون من الأعضاء أنفسهم دون مقابل.

مشروعية التأمين التعاوني البسيط:

لا خلاف بين العلماء في جوازه وحل التعامل به[3]، واستدلوا بما يأتي:

---

(١) عقود التأمين من وجهة الفقه الإسلامي: لأستاذنا الدكتور/ محمد بلتاجي: ص٢٠١-٢٠٢.

(٢) انظر: التأمين الإسلامي بين النظرية والتطبيق: عبد السميع المصري، ص٥٠، والإسلام والتأمين: د.محمد شوقي الفنجري: ص٣٤، والتأمين بين الحل والتحريم: د. عيسى عبده: ص٨، والمعاملات المالية المعاصرة: د.محمد عثمان شبير: ص٩٥-٩٦، والتأمين في الشريعة والقانون: د.غريب الجمال: ص١٨٨.

(٣) فقد أفتى بجوازه مؤتمر علماء المسلمين الثاني المنعقد في القاهرة عام ١٣٨٥هـ ١٩٦٥م، والمؤتمر السابع عام ١٣٩٢هـ ١٩٧٢م، ومجلس المجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي في دورته الأولى المنعقدة بمكة المكرمة في العاشر من شعبان سنة ١٣٩٨هـ، وأصدر قراره بالموافقة على قرار هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية رقم (٥١) وتاريخ ٤/ ٤/ ١٣٩٧هـ بجواز التأمين التعاوني بدلاً من التأمين التجاري المحرم.

١- إن التأمين التعاوني من عقود التبرعات التي يقصد بها أصالة التعاون على تفتيت الأخطار، والاشتراك في تحمل المسؤولية عند نزول الكوارث.

٢- إن التأمين التعاوني يخلو من الربا بنوعيه: الفضل والنسيئة، فعقود المساهمين فيه ليست ربوية، ولا تستغل أقساط التأمين في معاملات ربوية.

٣- إن التأمين التعاوني يخلو من المقامرة والغرر والجهالة، وإن عدم معرفة المساهمين فيه بتحديد ما قد يعود عليهم من النفع لا يضر لأنهم متبرعون(١).

* أن الأدلة الشرعية تتضافر على جوازه، كقوله ﷻ: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ۖ وَلَا تَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ﴾(٢).

* وقوله ﷺ: **(مثل المؤمنين في توادهم وتراحمهم وتعاطفهم كمثل الجسد الواحد إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الجسد بالسهر والحمى)**(٣).

* نظام العواقل الثابت بالسنة النبوية(٤). ووجه الاستدلال أن أفراد العاقلة يتعاونون فيما بينهم وبإلزام الشرع على ترميم آثار الضرر الناتج وبأقساط متساوية(٥).

---

(١) انظر: «أقوال العلماء في إجازة التأمين التبادلي المباشر»، الذي يطلقون عليه التأمين التعاوني في مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر كتاب مؤتمر علماء المسلمين الثاني (القاهرة، مايو/ يونيو ١٩٦٥م-١٣٨٥هـ) ص٤٠١، وأسبوع الفقه الإسلامي(دمشق، إبريل ١٩٦١) ص٥١٢، وقرارات مجلس المجمع الفقهي الإسلامي (مكة المكرمة، د١ ١٣٩٨هـ - مصور)، وقرار هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية رقم ٥١ في ٤/ ٤/ ١٣٩٧هـ؛ وحكم التأمين في الشريعة الإسلامية: د.عبد الناصر توفيق العطار: ص٧١، وحكم الشريعة الإسلامية في عقود التأمين: د. حسين حسان: ص١٤١، والزكاة وترشيد التأمين المعاصر: يوسف كمال: ص٦٧- ٦٨.

(٢) سورة المائدة، من الآية [٢].

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه ٥/ ٢٢٣٨، كتاب: الأدب، باب: رحمة الناس و البهائم، رقم ٥٦٦٥، ومسلم في صحيحه ٤/ ١٩٩٩، باب: تراحم المؤمنين وتعاطفهم وتعاضدهم، رقم ٢٥٨٦.

(٤) انظر: التأمين بين النظرية والتطبيق: عبد السميع المصري: ص٨١.

(٥) انظر: التأمين بين الحظر والإباحة: سعدي أبو جيب: ص٦١.

* إن مقاصد الشريعة تهدف إلى تحقيق مصالح العباد، ولا شك أن في التأمين التعاوني مصلحة ومنفعة ظاهرة لجميع المشتركين فيه، وذلك من خلال التغطية المالية لآثار الكوارث والحوادث التي تصيبهم.

الصورة الثانية: التأمين التعاوني المركب، وهو موضوع البحث في هذه المسألة.

تعريف التأمين التعاوني المركب:

* «عقد تأمين جماعي يلتزم بموجبه كل مشترك فيه بدفع مبلغ معين من المال على سبيل التبرع، لتعويض المتضررين منهم على أساس التكافل والتضامن، عند تحقق الخطر المؤَمَّن منه، تُدار فيه العمليات التأمينية من قبل شركة متخصصة على أساس الوكالة بأجر معلوم»[(1)]. فهو تعاقد يقوم على أساس التضامن والتكافل على توزيع الأخطار وترميم آثارها.

ودور شركة التأمين هو إدارة العمليات التأمينية اكتتاباً وتنفيذاً. وتقوم الشركة بالتعاقد مع المستأمنين بعقود فردية تلتزم فيها بتعويض الأضرار والمخاطر التي تصيبهم بشكل كُلِّي أو نسبة كبيرة منها، فهي تباشر ذلك باسم المستأمنين أنفسهم ولحسابهم. وإذا لم تف الأقساط فيتم تغطية العجز من أموال المساهمين على أساس القرض الحسن، وإذا كان لدى الشركة رصيد احتياطي من أرباح فائض أقساط التأمين فيستوفى النقص منه.

التكييف الفقهي للتأمين التعاوني المركب:

يشتمل التأمين التعاوني المركب على جملة من العقود تتداخل فيما بينها لتحقيق العملية التأمينية، كما يلي:

١ - **عقد تأمين جماعي**: ويتمثل في الاتفاق التعاوني الذي يجمع المستأمنين، وتنشأ به علاقة عقدية بينهم على أساس التعاون وتبادل التضحية والالتزام في الأخذ والعطاء.

---

(١) انظر: عقود التأمين وعقود ضمان الاستثمار: د. أحمد السعيد شرف الدين: ص٢٤٣- ٢٤٦، والإسلام والتأمين: د. محمد شوقي الفنجري: ص٣٩، ٩٤.

٢- عقد الهبة: العلاقة بين المستأمنين تتسم بالطابع التبرعي، فكل مستأمن متبرع لغيره بما يستحق عليه من التعويضات التي تدفع للمتضررين منهم، وفي الوقت نفسه هو متبرع له بما يأخذ من تعويض عند تضرره.

٣- عقد الوكالة: ويتمثل في صورتين: الأولى: العلاقة القانونية التي تنشأ بين شركة التأمين من جهة وبين جمهور المستأمنين من جهة أخرى كطرف أصيل، وبموجب هذه الوكالة تقوم الشركة بإدارة العمليات التأمينية نيابة عن المستأمنين، وتستحق الشركة مقابل إدارتها للعمليات التأمينية أجراً معلوماً يتم الاتفاق عليه وتحديده مسبقاً قبيل بداية كل سنة مالية.

والصورة الثانية: هي الوكالة بين المستأمنين من جهة ومن يمثلهم في مراقبة عمل شركة التأمين أثناء ممارستها للعمليات التأمينية من جهة أخرى، سواء أكان من يُمثِّل المستأمنين منهم أم من غيرهم.

٤- عقد المضاربة: حيث تقوم شركة التأمين باستثمار المتوفر من أقساط التأمين بوصفها الطرف المضارب، والمستأمنون هو الطرف صاحب العمل. ويتم اقتسام الأرباح بينهما بالنسبة التي يتفق عليها شريطة أن يكون الاستثمار بالطرق المشروعة. ثم يضاف نصيب الشركة على حساب المساهمين، ويضاف نصيب المستأمنين إلى جملة أقساط التأمين التي يملكونها.

٥- عقد الكفالة: وتظهر صورة هذا العقد إذا كان إجمالي حصة المستأمنين من أقساط التأمين لا يكفي لدفع حصتهم من التعويضات للمتضررين، فتقوم الشركة بدور الكفيل عن المستأمنين فتتكفل كافة الالتزامات المالية المستحقة للمتضررين وذلك من أموال الشركة قرضاً حسناً لتستردها من أموال المستأمنين بعد ذلك[1].

---

(١) انظر: عقود التأمين وعقود ضمان الاستثمار: د. أحمد السعيد شرف الدين: ص٢٤٣- ٢٤٦.

أنواع التأمين التعاوني المركب:

أولاً: التأمين من الأضرار:

ويقسم إلى قسمين:

القسم الأول: تأمين المسؤولية المدنية، مثل تأمين مسؤولية مالكي المركبات تجاه الغير.

القسم الثاني: تأمين المسؤولية المهنية، مثل تأمين مسؤولية أصحاب المهن كالأطباء والصيادلة مما قد يصيبهم من مسؤولية قانونية.

ثانياً: التأمين على الأشخاص:

والمراد التأمين من الأخطار التي تهدد الشخص في حياته أو في سلامة جسمه أو قدرته على العمل، مثل تأمين الحوادث الشخصية، وتأمين إصابات العمل، وتأمين نفقات العلاج الطبي، ونظام التكافل الاجتماعي.

ثالثاً: تأمين أخطار النقل:

وينقسم إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: التأمين البحري: ويقصد به: التأمين من أخطار النقل بطريق البحر أو النهر سواء كان تأميناً على البضائع أو على السفن.

القسم الثاني: التأمين البري ويقصد به: التأمين على البضائع من أخطار النقل بطريق البر.

القسم الثالث: التأمين الجوي ويقصد به: التأمين على البضائع من أخطار النقل بطريق الجو.

رابعاً: التأمينات الهندسية:

مثل تأمين أخطار مقاولي الإنشاءات والتركيب، وتأمين معدات وآليات المقاولين، وتأمين الأجهزة الإلكترونية[1].

---

(١) انظر: حكم الشريعة الإسلامية في عقود التأمين: د حسين حامد حسان: ص٢٧- ٣١.

مشروعية التأمين التعاوني المركب:

اختلف العلماء في مشروعية التأمين التعاوني بصورته المتطورة (المركب)، فذهب أكثر العلماء على القول بجوازه وإباحته، وخالفهم آخرون فقالوا بمنعه وحرمته، وفيما يلي بيان رأي كل فريق منهم:

أولاً: المجيزون:

تقدم أنه لا خلاف بين العلماء في جواز التأمين التعاوني البسيط وحل التعامل به. والتأمين التعاوني المركب هو تأمين تعاوني بسيط يدار من قبل شركة متخصصة على أساس الوكالة بأجر معلوم كما تبين في تحديد مفهومه.

وبناء عليه فإن أدلة مشروعية التأمين التعاوني المركب هي نفسها أدلة التأمين التعاوني البسيط عند أكثر القائلين بجوازه[١]. وهذا ما أكده المجمع الفقهي الإسلامي حيث أقر في دورته الأولى المنعقدة بمكة المكرمة في العاشر من شعبان سنة١٣٩٨هـ جواز التأمين التعاوني بصورتيه البسيطة والمركبة، وقد نقل عن كثير من العلماء القول بجواز التأمين التعاوني بصورته المركبة والبسيطة[٢].

---

(١) انظر: التأمين وأحكامه: د. سليمان بن إبراهيم بن ثنيان: ص٢٨٠.

(٢) انظر: حكم الشريعة الإسلامية في عقود التأمين: حسان: ص١٣٦- ١٣٧، ٣٩، ٨٤، ونظام التأمين- حقيقته والرأي الشرعي فيه: الزرقاء: ص١٤٤- ١٤٥، وعقود التأمين وعقود ضمان الاستثمار – واقعها الحالي وحكمها الشرعي: شرف الدين: ص٢٤٢- ٢٤٣، والإسلام والتأمين: الفنجري: ص ٦٧، ٧١، ٨١، وموقف فقهاء الشريعة الإسلامية من التأمين: د. الصديق محمد الأمين الضرير (ورقة عمل مقدمة على المؤتمر الدولي حول الصناعة التأمينية في العالم الإسلامي، القاهرة، جامعة الأزهر، ١٤٢١هـ-٢٠٠١م)

ثانياً: المانعون[١]:

ذهب فريق من العلماء إلى القول بحرمة التأمين التعاوني بصورته المركبة واستدلوا بما يلي:

١- اشتمال التأمين التعاوني المركب على الربا. فالمشترك يدفع قليلاً من النقود (قسط التأمين) على أمل أن يأخذ أكثر منها، إذا وقع له الحادث المؤَمَّن منه، ويتم هذا الدفع بعقد ملزم على وجه المعاوضة. فيكون قائماً على ربا النسيئة للفارق الزمني بين دفع القسط واستلام العوض إذا وقع الحادث، فلا مقابضة للعوضين الربويين في مجلس العقد، وكذلك على ربا الفضل لأنه يدفع القليل ويأخذ الكثير.

٢- قيام التأمين التعاوني على القمار؛ لأن قوام التأمين هو الاحتمال كغيره من أنواع التأمين كان نوعاً من اللعب بالحظوظ.

٣- اشتماله على الغرر: لأن كل مشترك فيه قد يدفع الاشتراكات اللازمة (قسط التأمين) ثم لا يقع له الحادث، فلا يأخذ عوضاً عما دفع، وقد يدفع قسطاً واحداً ثم يقع له الحادث فيأخذ مبالغ ضخمة بغير مقابل، وهذا عين الغرر.

٤- أن التأمين التعاوني من باب المعاوضات وليس من باب التبرعات، بدليل أن ما يدفعه المشترك من أقساط ليُعوض منها من يقع له الحادث من المشتركين، لا يدفعها إلا بشرط وعقد ملزم بأن يعوض هو إن وقع له حادث مثله، وأنه لا يعوض من المبالغ المتجمعة إلا المشتركين وحدهم، فلا مجال فيه البتة لقصد التبرع، وإنما هو معاوضة نقود بنقود على وجه الاحتمال[٢].

---

(١) انظر: التأمين وأحكامه: بن ثنيان : ص٢٨٠- ٢٨٤.

(٢) انظر: نظام التأمين: الزرقاء: ص١٦٩- ١٧٣، والزكاة وترشيد التأمين المعاصر: يوسف كمال:ص٦٧- ٦٨.

الترجيح:

الراجح من الرأيين فيما يبدو هو قول المجيزين لما يلي:

١- قوة الأدلة التي استدلوا بها ووجاهتها.

٢- إن الاجتهاد الجماعي قد أجاز هذا النوع من التأمين حيث أقر جوازه مجمع الفقه الإسلامي في دورته الأولى المنعقدة في ١٠ شعبان ١٣٩٨هـ بمكة المكرمة بمقر رابطة العالم الإسلامي للنظر في موضوع التأمين بأنواعه المختلفة. حيث قرر المجلس بالإجماع الموافقة على قرار مجلس هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية رقم (٥١) بتاريخ ٤/ ٤/ ١٣٩٧هـ والذي أجاز التأمين التعاوني بدلاً من التأمين التجاري المحرم، وقد استدل على ذلك بالأدلة الآتية:

الأول: إن التأمين التعاوني من عقود التبرع التي يقصد بها أصالة التعاون على تفتيت الأخطار والاشتراك في تحمل المسؤولية عند نزول الكوارث، وذلك عن طريق إسهام أشخاص بمبالغ نقدية تخصص لتعويض من يصيبه الضرر. فجماعة التأمين التعاوني لا يستهدفون تجارة ولا ربحاً من أموال غيرهم، وإنما يقصدون توزيع الأخطار بينهم والتعاون على تحمل الضرر.

الثاني: خلو التأمين التعاوني من الربا بنوعيه ربا الفضل وربا النَّساء، فليست عقود المساهمين ربوية، ولا يستغلون ما جمع من الأقساط في معاملات ربوية.

الثالث: أنه لا يضر (جهل المساهمين في التأمين التعاوني) بتحديد ما يعود عليهم من النفع لأنهم متبرعون، فلا مخاطرة ولا غرر ولا مقامرة، بخلاف التأمين التجاري فإنه عقد معاوضة مالية تجارية.

الرابع: قيام جماعة من المساهمين أو من يمثلهم باستثمار ما تجمع من الأقساط لتحقيق الغرض الذي من أجله أنشئ هذا التعاون، سواء كان القيام بذلك تبرعاً أو مقابل أجر معين.

أثر المصلحة المرسلة في مشروعية التأمين التعاوني:

إن التعاون والتضامن على ترميم آثار الأخطار وجبر ما تجره على الناس من أضرار أمر يتفق مع مقاصد الشريعة. والصيغة العملية التي شرعها الإسلام للتعاون والتضامن وبذل التضحيات هي عقود التبرع حيث لا يقصد المتعاون والمضحي فيها ربحاً من تعاونه وتضامنه، ولا يطلب عوضاً مالياً مقابلاً لما بذل.

والتأمين التعاوني يقوم على قصد التعاون والتضامن الذي تدعو إليه الشريعة، ويثاب فاعله – إن شاء الله – ، فهو من تطبيق قوله ﷻ: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ۖ وَلَا تَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ﴾(١)، فيعد تطبيقاً سليماً لنظرية التأمين؛ لأنه تعاوناً منظماً تنظيماً دقيقاً بين عدد كبير من الناس معرضين جميعاً لخطر، حتى إذا تحقق الخطر بالنسبة إلى أي منهم تعاون الجميع على مواجهته، بتضحية قليلة يبذلها كل منهم يتلافون بها أضرارً جسيمة تحيق بمن نزل به الخطر منهم(٢).

وعلاوة على ذلك فإنه يحقق الغرض المقصود من التأمين وبصفة خاصة الأمان، وكذلك باقي الوظائف الاقتصادية المشروعة للتأمين كتكوين رؤوس الأموال(٣).

ولا ريب في أن التأمين التعاوني (التبادلي) يكافح استغلال شركات التأمين الاسترباحي (أي التجاري)، وهو البديل الذي يمكن أن يحل محله. وهو قابل لأن يلبي حاجات المجتمع في أوسع نطاق على طول طريق النشاطات الاقتصادية والحاجات الاجتماعية(٤).

---

(١) سورة المائدة، من الآية [٢].

(٢) انظر: حكم الشريعة الإسلامية في عقود التأمين: د/ حسين حامد حسان: ص٣٩، ٨٤.

(٣) انظر: نظام التأمين: د.مصطفى الزرقاء: ص١٤٤ –١٤٥.

(٤) انظر: عقود التأمين: د. أحمد سعيد شرف الدين: ص٢٤٢– ٢٤٣.

ويمكن للتأمين التعاوني القيام بدور اجتماعي لخدمة البيئة والمجتمع، مثل: توفير الحماية التأمينية لمن هم في أشد الحاجة إليها.

وفي مجال الاستثمارات: حيث تقوم السياسة الاستثمارية لهذا النوع من المشروعات على تحقيق التوازن بين الصالح العام والصالح الخاص، وذلك من خلال نظرة تكاملية تأخذ بعين الاعتبار البعد الاجتماعي.

- مجال التعليم والتدريب المهني: حيث تقدم مشروعات التأمين التعاوني الكثير من المنح الدراسية لأعضائها والعاملين بها[1].

والخلاصة:

إن قيام مشاريع التأمين التعاوني وانتشارها تقوي بصورة عامة من الحركة التعاونية، وتعمل على نموها وازدهارها سواء على المستوى المحلي أو الوطني أو العالمي.

المسألة الثالثة: التأمين الصحي:

أولاً: تعريف التأمين الصحي لغة واصطلاحاً:

التأمين الصحي في اللغة:

سبق تعريف التأمين لغة واصطلاحاً في أول هذا المبحث، لذا اكتفي بالتعريف بالصحة لغة، ثم تعريف التأمين الصحي في الاصطلاح.

الصحة في اللغة:

* الصحة ضد السقم[2].

---

(١) الأسلوب الإسلامي لمزاولة التأمين: عبده السيد عبد المطلب (القاهرة، دار الكتاب الجامعي، ط١، ١٩٨٨م)، ص١١٣.

(٢) لسان العرب ٢/ ٥٠٧، مادة (ص ح ح)، و مختار الصحاح: ص١٥٠، مادة (ص ح ح).

* الصحة في البدن حالة طبيعية تجري أفعاله معها على المجرى الطبيعي .. ورجل صحيح الجسد، خلاف مريض[(١)].

فالتأمين الصحي – في اللغة – يعني طلب أو إعطاء الأمن وطمأنينة النفس ضد غوائل المرض.

التأمين الصحي في الاصطلاح:

التأمين الصحي هو أحد أنواع التأمين التي تعتبر العمود الفقري للتأمين الاجتماعي في أي بلد. وعلى هذا فإن تعريف التأمين الاجتماعي ينطبق عليه بصفة عامة، ومع هذا فقد عرفه بعضهم[(٢)] بأنه: «نظام يقوم على أساس تقديم مزايا للمؤمن عليهم في الحالات التي يحددها نظام التأمين نظير اشتراكات، أو أقساط تدفع مقدماً وبصفة دورية، ويساهم في دفعها للعامل، وصاحب العمل، وفي بعض الدول تساهم الدولة في ذلك»[(٣)].

للتأمين الصحي عدة تعريفات مختلفة تبعاً لتوزعها بين مجالات مختلفة، سواء أكانت اجتماعية[(٤)]، أم اقتصادية[(٥)]، أم قانونية[(٦)]، إلى غير ذلك. ويختلف تعريف التأمين الصحي باختلاف أنواعه التي يجري عليها العمل. **وهي أنواع خمسة:**

---

(١) المصباح المنير ١/ ٣٣٣، مادة الصاد مع الحاء وما يثلثهما (صحح).

(٢) التأمين الصحي وأثره في حماية القوى العاملة: د/ شوكت محمد الفيتوري: ص٤٩.

(٣) التأمين الصحي: الفيتوري: ص٤٩.

(٤) المعاملات المالية التأمينية بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي: عثمان الحقيل: ص٣٩.

(٥) التأمين الصحي التعاوني: خالد بن سعد عبد العزيز بن سعيد: ص٥٥.

(٦) نظام التأمين: مصطفى الزرقاء: ص٢١.

النوع الأول: التأمين الصحي الاجتماعي:

وهو الذي تقوم به الدولة لمصلحة الموظفين والعمال، فتؤمنهم من إصابة المرض والشيخوخة[١]، ويسهم في حصيلته كل من المستفيدين وأرباب الأعمال والدولة بنسب محددة، ويكون في الغالب إجبارياً لا يقصد من ورائه تحقيق الربح[٢].

النوع الثاني: التأمين الصحي التجاري (التأمين من المرض):

وهو عقد بين فرد أو مؤسسة وشركة تأمين تجاري، تلتزم شركة التأمين بمقتضاه أن تدفع مبلغاً معيناً دفعة واحدة أو على أقساط، وبأن ترد مصروفات العلاج وثمن الأدوية كلها أو بعضها من المستفيد من التأمين إذا مرض خلال مدة محددة، وذلك في مقابل التزام المؤمن له بدفع أقساط التأمين المتفق عليها[٣].

النوع الثالث: التأمين الصحي التعاوني:

وهو عقد بين فرد أو مؤسسة وبين شركة تأمين تعاوني على أن يدفع المؤمن له مبلغاً أو عدة أقساط، مقابل أن تلتزم هذه الشركة بأن تدفع له مصاريف العلاج وثمن الأدوية – كلها أو بعضها – إذا مرض خلال مدة التأمين، وفي الأماكن المحددة بالوثيقة، وبأن توزع على حملة الوثائق – وفق نظام معين – كل أو بعض الفائض السنوي الناتج من عمليات التأمين[٤].

---

(١) حكم الشريعة الإسلامية في عقود التأمين: د. حسين حامد حسان: ص٣١.

(٢) التأمينات الاجتماعية في الدول العربية: عامر سليمان عبد الملك: ص٢٧١.

(٣) الوسيط في شرح القانون المدني: عبد الرزاق السنهوري: ٧/ ١٣٧٧.

(٤) التأمين الصحي واستخدام البطاقات الصحية: د/ محمد جبر الألفي (مجلة المجمع، ع١٣، ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م): ٣/ ٤٧٠.

النوع الرابع: التأمين الصحي التبادلي:

وهو عقد بين جماعة على التبرع بمقادير متساوية أو متفاوتة بغرض علاج من يمرض منهم من هذه الأموال(١).

النوع الخامس: التأمين الصحي المباشر(٢):

وهو عقد بين طرفين يلتزم به الطرف الأول (المستشفى) بعلاج الطرف الثاني (فرداً كان أو جماعة) من مرض معين أو الوقاية من المرض عامة، مقابل مبلغ مالي محدد يدفعه إلى الطرف الأول دفعة واحدة أو على أقساط(٣).

المعاقدة على العلاج الطبي وموقع التأمين الصحي منها:

إن الحقيقة التي لا مراء فيها أن غرض الإنسان من المعاقدة مع الطبيب هو البرء مما يشكو منه من مرض ولا يتصور له غرض غير ذلك. ولو كان الأمر بيد المريض لما تعاقد مع الطبيب إلا على البرء، لكن المرض والبرء منه شيء يصعب جعله محلاً لعقد معاوضة، لصعوبة التحقق من وجوده أو الشفاء منه.

والمشكلة الأساسية في هذا النوع من المعاقدة هي أن المعلومات الدقيقة عن محل العقد متاحة لطرف واحد فقط هو المريض، فلو جاء المريض يشكو من ألم ما فعالجه الطبيب، فإن الأخير لا يعرف إن كان المريض برء مما يجد إلا أن يخبره بذلك، فإذا ربط استحقاق

---

(١) التأمين الصحي في الفقه الإسلامي: حسين الترتوري (مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، س٩، ع٣٦، ١٤١٨هـ): ص١٠٣، المعاملات المالية المعاصرة: د. محمد عثمان شبير: ص٩٥- ٩٦

(٢) أطلق عليه هذا الوصف؛ لأن العقد يتم مباشرة بين المستشفى وبين طالب العلاج لنفسه أو مع أفراد عائلته، انظر: التأمين الصحي: الألفي: ٣/ ٤٧١.

(٣) التأمين الصحي من المنظور الإسلامي (قضية للبحث): أ.د. سعود الفنيسان (مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، س٨، ع٣١، ١٤١٧هـ) ص٢٠٤.

العوض بالبرء لم يكن الطبيب متأكداً من حصوله على الأجر إلا أن يكون المريض أميناً صدوقاً. ولذلك يتفق الناس في عقد العلاج الطبي على أن يكون المحل شيئاً يمكن التأكد من وقوعه من قبل الطرفين، مثل أن يكون محله التشخيص ووصف الدواء المناسب، أو إجراء عملية جراحية ونحو ذلك، مع بقاء الغرض النهائي للمريض هو البرء من المرض.

لقد تعامل الناس في القديم وحتى الآن بأنواع من عقود العلاج، وأهمها:

(أ) عقد العلاج الطبي عقد بيع:

مثل ما يفعله بعض الصيادلة من وصف الدواء وبيعه على المريض بعد أن يبين الأخير له ما يشكو منه، وهكذا كان عمل الطبيب قديماً حيث يقوم بتركيب الأدوية ووصفها للمرضى الذين يشترونها منه، فإذا جاء المريض وشخص الطبيب مرضه، باعه ما يصلح حاله من أدوية يركبها بنفسه له، فهذا في حقيقته عقد بيع المثمن فيه الدواء وما يدفع المريض من ثمن هو لذلك الدواء، والتشخيص تابع لذلك ليس له ثمن مستقل. ولا يثير مثل هذا النوع من المعاقدة إشكالاً إذ إنه مستوفٍ لشروط الصحة في البيوع، لكنه لا ينهض بحاجات الناس إلى العلاج من المرض.

(ب) عقد العلاج عقد إجارة:

كان مما يقوم به الأطباء قديماً خدمات ينتفع بها المريض، مثل الحجامة أو كحل العين أو الكي ونحوها، وقد خرجوه في هذه الحالة على الإجارة وجعلوا الطبيب أجيراً يستحق من الأجر بقدر ما يتراضى عليه مع المستأجر وهو المريض.

قال ابن قدامة: «ويجوز أن يستأجر كحالاً يكحل عينه، لأنه عمل جائز ويمكن تسليمه، ويحتاج أن يقدر ذلك بالمدة، لأن العمل غير مضبوط فيقدر به، ويحتاج إلى بيان قدر ما يكحله مرة في كل يوم أو مرتين»[1].

---

(١) المغني: ابن قدامة: ٦/ ١٣٧.

فعقد العلاج الطبي عندما يكون إجارة فمحله هذه الخدمة التي يقدمها الطبيب له، وإن كان معها أدوية كانت الأدوية في عقد بيع مستقل.

(جـ) عقد العلاج الطبي عقد جعالة:

إذا لم يكن ثم شراء أدوية (بيع) ولم يكن محل العقد خدمة (إجارة) محددة كالحجامة، فإن التعاقد مع الطبيب يمكن أن يكون على البرء فيكون عندئذ جعالة.

قال في المعونة للقاضي عبد الوهاب: «وصفة الجعل أن تكون الأجرة مقدرة والعمل غير مقدر، فمتى قدر العمل لم يكن جعلاً وصار إجارة »[١]. وهذه المسألة الأجرة فيها معلومة، ولكن العمل غير معروف لأنه مرتبط بالبرء.

وقال أيضا: «.. يجوز مشارطة الطبيب على برء العليل؛ لأن الضرورة تدعو إلى ذلك فجوز لأجلها إذا كان مقامه برء العليل غير معروف المدة»[٢]. وقال أيضاً:«فأما مشارطة الطبيب على برء العليل والمعلم على تعليم القرآن فتردد بين الجعل والإجارة»[٣].

وقال ابن رشد في البيان والتحصيل: «وقد أجاز لنا مالك علاج الطبيب إذا شارطه على شيء معلوم، فإن صح أعطاه ما سمَّى له، وإن لم يصح من علاجه لم يكن له شيء»[٤].

وقال ابن قدامة في المغني: «.. فأما إن قدرها بالبرء (أي مشارطة الطبيب) قال القاضي: لا يجوز، لأنه غير معلوم، وقال ابن أبي موسى: «لا بأس بمشارطة الطبيب على البرء؛ لأن أبا سعيد حين رقى الرجل شارطه على البرء، والصحيح إن شاء الله أن هذا

---

(١) المعونة: ص١١١٤.

(٢) المرجع السابق: ص١١١٦.

(٣) المرجع السابق: ص ٤٠٥.

(٤) البيان والتحصيل: ابن رشد: ٨/ ٤٧٢.

يجوز، لكن يكون جعالة لا إجارة، فإن الإجارة لابد فيها من مدة أو عمل معلوم، فأما الجعالة فتجور على مجهول»[(١)].

فإذا كان العلاج الطبي عقد جعالة فإن ذلك يعني أن الجهد الذي يبذله الطبيب غير معلوم بدقة، ربما عالجه مدة طويلة وربما برئ من مرضه بجهد قليل، والجعل فيها لا يتغير بمقدار العمل، بل هو مرتبط بالنتيجة وهي البرء.

إذن العلاج الطبي قديماً كان يتم على أساس عقد بيع أو الإجارة أو الجعالة بحسب الحال، وطبيعة العلاقة بين المريض والطبيب تحتمل الصيغ الثلاث مستقلة أو مجتمعة.

عقود العلاج الطبي المعاصرة:

يمكن القول إن عقد العلاج الطبي في أيامنا هذه على ضربين:

الأول: عقد إجارة بين المريض والطبيب، ومحله التشخيص الطبي، فيدفع المريض مبلغاً محدداً معلوماً مقابل أن يفحصه الطبيب ثم يصف له العلاج، ويستحق الطبيب أجرته بمجرد قيامه بذلك، وليس الأجر مرتبط بالشفاء أو تحسن صحة المريض.

الثاني: وتكون العلاقة التعاقدية في العلاج والرعاية الصحية بين المريض وشخصية اعتبارية هي المستشفى الذي يعمل فيه أطباء وممرضون وما إلى ذلك، فالطبيب الذي يباشر علاج المريض أجير للمستشفى وليس للمريض. وعقد العلاج في المستشفى إنما محله خدمة طبية. ومن الجلي أن المستشفى يشتري خدمات العلاج من أطبائه على صفة عقد إجارة محدد فيه عملهم بشكل دقيق، ثم يبيع المستشفى تلك الخدمات إلى المرضى مضيفاً إليها أشياء أخرى، مثل الغرفة التي يرقد فيها المرضى ورعاية الممرضات له، والطعام المقدم له والتحليل... إلخ.

---

(١) المغني: ابن قدامة: ٦/ ١٣٧.

عقد التأمين الصحي:

ويكون محله الرعاية الصحية، والتعاقد فيه إنما هو خدمة يحتاج إليها الإنسان ولا يستغني عنها، وهي ليست مرتبطة من حيث الوقوع بأمر مجهول ربما وقع فاستحق التعويض أو لم يقع فلا يستحق شيئاً، وإنما هي متعلقة بأمر لا يكاد ينجو منه إنسان خلال مدة العقد وإن اختلفت حاجة كل واحد عن الآخر، وحاجة المريض إلى قدر من الرعاية الصحية خلال مدة العقد ليس أمراً احتمالياً بل يكاد يكون مؤكد الوقوع، وإنما الاختلاف في مقداره، فالأمر المعتاد أن يحصل على خدمات طبية تتعلق بالأمراض العارضة، ولكن ربما حصل له مرض مقعد فاحتاج إلى مزيد علاج.

والغالب أن تقدم خدمات التأمين شركات متخصصة في التأمين، إلا أن المستشفيات تقدمه أحياناً مستقلة ومجتمعة، في مقابل اشتراك سنوي من الفرد مقابل استعداده لعلاجه طوال العام، أما إذا قامت به شركة تأمين فإن العقد يكون بين المستشفى وتلك الشركة، ويمكن القول إذن: إن عقد التأمين الصحي هو صنف من صنوف عقد العلاج الطبي، لأن محله هو الرعاية الصحية وليس التعويض عن وقوع حادث معين.

ثانياً: الحكم الشرعي للتأمين الصحي:

النوع الأول: التأمين الصحي الاجتماعي:

لا خلاف بين الفقهاء المعاصرين في جواز التأمين الصحي شرعاً[1]، والتأمينات الاجتماعية التي يستند ويقوم عليها التأمين الصحي، وقد صدرت قرارات من بعض المجامع الإسلامية بجوازها، والدعوة إلى تعميمها؛ منها:

١- قرار مجمع البحوث الإسلامية في مؤتمره الثاني بالقاهرة في المحرم ١٣٨٥هـ/ مايو ١٩٦٥م. الذي جاء فيه: نظام المعاشات الحكومي، وما يشبهه من نظام الضمان الاجتماعي

---

(١) المعاملات المالية المعاصرة: شبير: ص٩٥، والتأمين الصحي: الترتوري: ص١١٨- ١٢١.

المتبع في بعض الدول، ونظام التأمينات الاجتماعية المتبع في دول أخرى، كل هذا من الأعمال الجائزة.

٢- قرار مجمع البحوث الإسلامية في مؤتمره الثالث المنعقد بالقاهرة في ١٧ من رجب ١٣٨٦هـ/ ٢٧ من أكتوبر ١٩٦٦م: الذي جاء فيه: أما التأمين التعاوني والاجتماعي، وما يندرج تحتهما من التأمين الصحي ضد العجز والبطالة والشيخوخة، وإصابات العمل، وما إليها، فقد قرر المؤتمر الثاني جوازه.

٣- توصية ندوة التشريع الإسلامي المنعقدة بليبيا في ربيع الأول ١٣٩٢هـ/ مايو ١٩٧٢م التي جاء فيها: يجب تعميم الضمان الاجتماعي حتى تطمئن كل أسرة على مورد يكفل رزقها عند وفاة عائلها أو عجزه، أو غير ذلك من أسباب انقطاع الرزق لسد حاجة المحتاجين.

وجواز التأمين الصحي يستند إلى القاعدة الفقهية «تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة»(١)، ولا نزاع في أن نظام التأمين الصحي فيه مصلحة للرعية، وبخاصة للدول الفقيرة التي لا تكفي مواردها لتقديم الخدمات الصحية ونحوها بالمجان.

والمصلحة هنا تتمثل في تحقيق التكامل الاجتماعي على أساس من التبرع بعيداً عن غرض الربح، ولذا يغتفر فيه من الجهالة والغرر ما لا يغتفر في المعاوضات(٢).

النوع الثاني: التأمين الصحي التجاري:

سبق تناول موضوع التأمين التجاري وبينا آراء العلماء بعدم مشروعية هذا النوع من التأمين، لاشتماله على الغرر الكثير الفاحش والقمار والجهالة، وأنه عمل تجاري يقصد من

---

(١) الأشباه والنظائر: ابن السبكي، ت: عادل عبد الموجود: ١/ ١٥٢، والأشباه والنظائر: السيوطي: ص١٢١، وقواعد الأحكام في مصالح الأنام: العز بن عبد السلام: ١/ ٧٢.

(٢) عقود التأمين من وجهة الفقه الإسلامي: لأستاذنا الدكتور: محمد بلتاجي: ص٢٠٤، و التأمين الصحي: الترتوري: ص١١٨- ١٢١، و المعاملات المالية المعاصرة: شبير: ص٩٥.

ورائه الربح، ولذا فلا يغتفر فيه غرر ولا جهالة، وقد قرر مجمع الفقه الإسلامي أنه حرام شرعاً[1].

النوع الثالث: التأمين الصحي التعاوني:

سبق القول إنه لا خلاف بين العلماء في جواز وحل التعامل بالتأمين التعاوني في المسألة الأولى من هذا المبحث، وأنه ينبغي التوسع فيه، لأن مقصده الأساسي التعاون على تفتيت الأخطار والاشتراك في تحمل المسؤولية عند نزول الخطر، سواء كان القيام بإدارة هذا العمل تبرعاً أو مقابل أجر معين، ولا يؤثر في مشروعية العقد جهل المساهمين بتحديد ما يعود عليهم من النفع لأنهم متبرعون، فلا مخاطرة ولا مقامرة ولا غرر. فقد أفتى بجوازه مؤتمر علماء المسلمين الثاني المنعقد في القاهرة عام ١٣٨٥هـ ١٩٦٥م، والمؤتمر السابع عام ١٣٩٢هـ ١٩٧٢م، ومجلس المجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي في دورته الأولى المنعقدة بمكة المكرمة في العاشر من شعبان سنة ١٣٩٨هـ، وأصدر قراره بالموافقة على قرار هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية رقم (٥١) وتاريخ ٤/ ٤/ ١٣٩٧هـ بجواز التأمين التعاوني.

النوع الرابع: التأمين الصحي التبادلي:

وتقوم به في الغالب جمعيات خيرية لتأمين المنتسبين إليها من غوائل المرض، على سبيل التبرع والمؤازرة[2]. لذا اتفقت الآراء على جوازه.

---

(١) في دورته الثانية (جدة: ١٠-١٦/ ٤/ ١٤٠٦هـ) انظر: مجلة المجمع (د٢، ع٢): ٢/ ٥٤٥؛ وكذلك في دورته الأولى بمكة المكرمة (١٠/ ٨/ ١٣٩٨هـ).

(٢) التأمين الصحي: الترتوري: ص١٢٢- ١٢٥، وما أشار إليه من المراجع؛ والمعاملات المالية المعاصرة: شبير، ص٩٥- ٩٦ وما أشار إليه من المراجع.

النوع الخامس: التأمين الصحي المباشر:

تتمثل حقيقة هذا الاتفاق أنه عقد إجارة أشخاص (أجير مشترك)، وأنه عقد صحيح نافذ لاكتمال أركانه وتوافر شروطه؛ فقد صدر الإيجاب والقبول من طرفين اكتملت أهليتهما، بصيغة واضحة، على محل مشروع، موجود أو قابل للوجود، معين أو قابل للتعيين، مقدور على تسليمه[١].

حكم الاتفاق بين المؤسسات وبين المستشفيات للتعهد بمعالجة الموظفين طيلة مدة معينة لقاء مبلغ معين، مع الالتزام بالدواء والعمليات ونحوها:

اختلف العلماء في الحكم على هذا الاتفاق على قولين، كما يلي:

القول الأول: المنع[٢]. ووجهة هذا المنع هي أن هذا الاتفاق يحيط به الغرر الكثير من كل جوانبه، كما يلي:

١- أن هذا الاتفاق يدخل أساساً في عقد الإجارة فيأخذ حكمه، من حيث توفر شروط الإجارة، وهذه الشروط بعضها في الصيغة، وبعضها في العاقدين، وبعضها في الأجرة، وبعضها في المحل. وبافتراض تحقق شروط الصيغة والعاقدين، وكذلك شروط الأجرة لأنها وصفت بأنها مبلغ معين، فيبقى النظر في المحل.

٢- المحل هنا مركب من ثلاثة أشياء:

الأول: معالجة موظفي المؤسسة مدة معينة، وهو المقصود. ويدخل في إجارة الأشخاص، والأجير فيه مشترك وهو المستشفى، فيجب أن يطبق على الاتفاق حكم إجارة الأجير المشترك.

---

(١) لتفصيل ذلك، انظر: الأموال ونظرية العقد: محمد يوسف موسى: ص٢٤٥ وما بعدها، وما أشار إليه من المراجع.

(٢) التأمين الصحي: بروفيسور. الصديق محمد الأمين الضرير (جدة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع١٣، ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م): ٣/ ٣٩٥.

أما ما يتعلق بـ (مدة معينة)، فليس هناك مانع من هذا الاتفاق ما دامت المدة معينة، والأجر الذي يقابلها معيناً.

وأما المقصود (بموظفي المؤسسة) فقد يكون جميع الموظفين في المؤسسة من غير الالتزام بعدد محدد، وقد يكون المقصود موظفي المؤسسة المحصورين عدداً. وفي كلا الحالين يدخل هذا الاتفاق غرر ناشئ عن الجهل في المحل من حيث مقداره في الحالة الأولى، ومن حيث من سيحتاجون للمعالجة، ونوع المعالجة التي يحتاجون إليها في الحالتين.

الثاني: الأسِرة والحجرات في حالة بقاء المريض في المستشفى، وهذه من إجارة منافع الأعيان فتأخذ حكمها. ومن شروط إجارة منافع الأعيان أن تتوافر فيه شروطها، من حيث أن تكون المنفعة معلومة عند التعاقد، وأن تذكر مدة الإجارة إذا كانت المنفعة قابلة للامتداد.

والمنفعة في هذه الحالة هي استعمال الأسِرة والحجرات وهي منفعة ممتدة، فيجب فيها تحديد المدة، والمدة في هذا الاتفاق غير محددة، فقد يمكث المريض في المستشفى يوماً، وقد يمكث شهراً، وفي هذا غرر مفسد للعقد.

الثالث: الدواء والعمليات ونحوها: أما العمليات فتلحق بالأول، وأما الدواء ونحوه كالطعام، فلا يصلح محلاً للإجارة، لأن هذه أعيان، والإجارة لا ترد على الأعيان، وإنما ترد على منافعها، فيكون الالتزام بالدواء ونحوه نظير مبلغ معين بيعاً يأخذ حكم البيع.

ومن شروط صحة عقد البيع أن يكون المبيع معلوماً، والمبيع هنا وهو الدواء مجهول النوع، ومجهول المقدار، فيدخله الغرر من جهتين.

القول الثاني: الجواز:

لا تخلو عقود العلاج بأنواعها من الغرر، وربما كان الغرر قليلاً كما في التشخيص، فإذا كانت حالة المريض واضحة مشهورة لم يحتج الطبيب إلا إلى دقائق قليلة لوصف العلاج، وربما كانت حالته غريبة غير معتادة فاحتاجت وقتاً أطول وتشخيصات إضافية، فإن

كانت الأجرة واحدة ففي مقدار الجهد المبذول من قبل الطبيب جهالة عند انعقاد العقد، وإن كانت الأجرة تزيد في الحالة الثانية، كان انعقاد العقد بين المريض والطبيب على أجرة مجهولة لأنه دخل في العقد على أساس رسم الكشف ثم أضيفت إليه الإضافات، فإن قيل: تلك عقود متعددة وليست عقداً واحداً؛ رد على ذلك بأن المنفعة من العقد الأول لا تحصل إلا بوجود العقود الأخرى، فدل على أنهما عقد واحد انعقد على جهالة ثمن.

وربما كان الغرر كبيراً كما في معاقدة الطبيب على البرء، حيث يكون الثمن معلوماً والبرء مجهولاً، ولكن عقود العلاج الطبي بكل صيغها لا تخلو من الغرر، لأن طبيعة العلاج تفرض مثل ذلك.

وبالنظر إلى عقد التأمين الصحي نجد أنه يشتمل على الغرر، لأن المستأمن يدفع مبلغاً في أول العام ولا يدري مقدار ما سوف يحصل عليه من رعاية صحية خلال ذلك العام، ولكن الغرر في هذا العقد هو دون ما في صيغة المعاقدة على البرء التي أجازها ثلة من الفقهاء القدامى على أساس الجعالة[1]، لأن ذلك هو مقصود المريض لا مقصود سواه، ولأن الطبيب أعلم بالأمراض وأدويتها من المريض، ولذلك فإنهما إذا عقدا عقداً على البرء فإنما يفعلان ذلك لغلبة ظن الطبيب أن المريض سيشفى بعلاجه له.

ومن المعلوم أن الغرر الكثير هو الغرر المؤثر الذي يكون العقد معه غير صحيح، وذكر الدكتور الصديق الضرير ضابط الغرر المؤثر أنه «هو الغرر الكثير في عقود المعاوضات المالية إذا كان في المعقود عليه أصالة، ولم تدع للعقد حاجة». أما الغرر اليسير فهو غير مؤثر في صحة العقد، لأن نفي جميع الغرر لا يقدر عليه، ولهذا عفا الشارع عنه، وهناك

(١) انظر: نهاية المحتاج: الرملي ٥/ ٤٦٣، والمجموع شرح المهذب: ١٥/ ٨٣، والمغني: لابن قدامة ٥/ ٥٤١- ٥٤٢، والمدونة الكبرى: ١١/ ٦٤.

قسم ثالث للغرر، وهو فوق اليسير ودون الكثير، أي الغرر المتوسط، وفيه يوجد اختلاف بين الفقهاء، فيلحقه البعض بالكثير فيكون مفسداً للعقد، ويلحقه الآخر باليسير فيأخذ حكم اليسير وهو صحة العقد على الرغم من وجوده.

والتأمين الصحي لغرض الرعاية الصحية هو أقرب إلى عقود العلاج الطبي منه إلى أنواع التأمين الأخرى (كالتأمين على الحياة)، وبالنظرة الفاحصة نجد أن الغرر فيه ليس أكثر من الغرر في عقود العلاج الطبي الأخرى. وغاية ما يقال: أنه عقد جعالة على البرء من المرض، وقد أجاز هذه الصيغة جمهرة من الفقهاء.

الجهالة التي تعتري محل العقد:

أما ما يتعلق بالجهالة التي تعتري محل العقد، من حيث اختلاف الأمراض، وطبيعة العمليات، وثمن الأدوية. فإننا نعلم أن المستشفى لا يقدم على مثل هذا الاتفاق قبل أن يجري دراسة جدوى تضمن للمستشفى تحقيق الربح، ومما يجعل تقدير أجر العلاج وثمن الدواء أقرب ما يكون لواقع الحال، فتنتفي جهالة محل العقد أو تقل. لذا فالجهالة التي ترد على محل العقد تعتبر من الجهالة اليسيرة التي تغتفر ولا يكون لها أثر في المعقود عليه.

قال الشافعي: «وإذا أمر الرجل أن يحجمه أو يختن غلامه أو يبيطر دابته فتلفوا من فعله، فإن فعل ما يفعل مثله مما فيه الصلاح للمفعول به عند أهل العلم بتلك الصناعة فلا ضمان عليه»[١].

وفي كتاب الطب النبوي: «أن الطبيب إذا لم يتبين له المرض فلا يجوز له أن يجرب الدواء بما تخاف عاقبته، ولا بأس بتجربته بما لا يضره»[٢].

---

(١) الأم: الشافعي ٦/ ١٦٦.

(٢) الطب النبوي: ابن القيم: ص١١٥.

الاشتراط لمصلحة الآخرين:

إن عقد العلاج الذي تم بين المؤسسة وبين المستشفى لصالح الموظفين والعمال يدخل في باب (الاشتراط لمصلحة الغير)، وهو عقد يتفق فيه أحد طرفيه (المشترط) – المؤسسة – مع الطرف الآخر (المتعهد) – المستشفى – على أن يلتزم الأخير بأداء حقوق لشخص ثالث ليس طرفاً في العقد (المنتفع) – الموظفين –[١]. وتقضي قواعد الاشتراط لمصلحة الغير بأن يكتسب المنتفع حقاً مباشراً من العقد، يستطيع بمقتضاه أن يطالب المتعهد بتنفيذ التزامه، رغم أنه أجنبي عن التعاقد[٢].

وقد تردد بعض الباحثين في مشروعيته على أساس أن الفقه الإسلامي لا يجيزه[٣].

وقال البعض الآخر بوجود ومشروعية الاشتراط لمصلحة الغير في الفقه الإسلامي على صورتين[٤]:

- الشرط المقترن بالعقد إذا كان فيه نفع لغير العاقدين، وقد أجازه الفقهاء الحنابلة، وخاصة ابن تيمية وابن القيم.

٢ – العقد ابتداءً لمصلحة الغير، كإجارة الظئر، واستئجار الدار ليصلي فيها، والجعالة لمصلحة الغير، والمضاربة إذا دفع رب المال للعامل رأس المال يضارب به ويكون الربح

---

(١) دراسات في فقه القانون المدني الأردني، النظرية العامة للعقد: عبد الناصر أبو البصل: ص٣١٥.

(٢) لمزيد من التفصيل: انظر: نظرات في الاشتراط لمصلحة الغير: عبد الحي حجازي (مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، ع ١، ٢، س١٥)، والنطاق الفني للاشتراط لمصلحة الغير: محمد سلام مدكور (مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، ع ١، ٢، س٢٣).

(٣) النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية: صبحي محمصاني: ص٤٨٣، ومصادر الحق في الفقه الإسلامي: السنهوري ٥/ ١٦٠- ١٦١.

(٤) الاشتراط لمصلحة الغير: سعدي البرزنجي: ص٢٦٣، ذكره أبو البصل في دراسات في فقه القانون المدني الأردني: أبو البصل: ص٣٢٥.

لثالث، فقد أجاز بعض الفقهاء هذه التصرفات، كما أجازوا الوصية والوقف والهبة للجنين والمعدوم. ولهذا أخذت القوانين المدنية بنظام الاشتراط لمصلحة الغير[١].

الترجيح:

إن الغرر الذي يوجد في عقد التأمين الصحي هو غرر متوسط، ويرجح إلحاقه بالغرر اليسير، وذلك لأن ما يوجد في هذا العقد من جهالة في مبالغ العلاج، ولكن هذه الجهالة لا تكون مفضية إلى النزاع، لأن العلاج يكون وفق ما يصفه الأطباء ويكون التصريح بنوع العلاج، ونوع الأدوية ومستوى المستشفى لإجراء العلاج فيه، فهذه الأمور تكون مصرحة، وبسبب هذا التصريح يوجد في العقد علم المعقود عليه إلى درجة ما.

مما تقدم نرى أن الاتفاق بين المؤسسات وبين المستشفيات للتعهد بمعالجة الموظفين، طيلة فترة معينة، لقاء مبلغ معين، مع الالتزام بالدواء والعمليات ونحوها، عقد صحيح شرعاً، ويعطي المنتفع منه الحق في مطالبة المستشفى بتنفيذ التزاماتها المنصوص عليها في العقد. وكذا في حالة الاتفاق بين شخص ما وبين مستشفى.

أثر المصلحة المرسلة في التأمين الصحي ومشروعيته:

إن مسألة التأمين الصحي هي حاجة اجتماعية ملحة، وخصوصاً للطبقات الفقيرة، لأن ذلك يشكل حرجاً اجتماعياً عاماً، حتى ولو لم يكن يمثل حرجاً شخصياً في بعض الموارد.

---

(١) نقابة المحامين: المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني: ١/ ٢٣٩- ٢٤١، المواد (٢١٠- ٢١٢)، وزارة العدل: المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الصادر بالقانون الاتحادي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥م (أبوظبي، د.ت.): ص٢٣٦- ٢٣٧، المواد (٢٥٤- ٢٥٦).

ولا شك في أن منع الناس من العقود التي هم في حاجة إليها يجعلهم في حرج، ولهذا كان عدل الشارع ورحمته بالناس أن أباح لهم العقود التي يحتاجون إليه ولو كان فيها غرر. كما أن المنع من عملية التأمين الصحي سوف يشكل بلا ريب حالة محرجة تلقي بثقلها على أفراد المجتمع.

وجواز التأمين الصحي يستند إلى مصلحة الرعية والتي هي بدورها من مسؤوليات الراعي وعليه تحقيقها، ولا نزاع في أن نظام التأمين الصحي فيه مصلحة للرعية، وبخاصة بالنسبة للدول الفقيرة التي لا تكاد مواردها تكفي الخدمات الصحية ونحوها.

ويرى الكثير من الفقهاء أن التأمين الصحي ليس من المحسنات ولا من الحاجيات العادية، إنما هو من الضروريات أو الحاجيات الملحة، فتنزل منزلة الضرورة إذا لم يستطع[1]. بل يُعد من الضروريات الماسة والحساسة في العصر الحاضر لننتقل بدولنا ومجتمعاتنا إلى القفزة الحضارية النوعية التي تريح الفرد والدولة والأمة والمجتمع. ففي وقتنا الحاضر وُجدت أمراض كثيرة بعضها مستعصي وبعضها بسبب تلوث البيئة وغير ذلك، فالواجب على الدولة أن تقوم برعاية هذا الموضوع الأساسي لمواطنيها، لأن الدواء والعلاج بالنسبة للمرضى أولى من الطعام والشراب.



---

(١) مناقشة أبحاث التأمين الصحي: د. وهبة الزحيلي (جدة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع١٣، ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م) ص٦٣٢، و الدكتور قطب سانو: ص٦٤٦، والشيخ عكرمة صبري: ص٦٤٨.



الفصل الخامس

أثر المصلحة المرسلة في عقود التبرعات

ويشتمل على مدخل وثلاثة مباحث:

المبحث الأول: أثر المصلحة المرسلة في الوقف.

المبحث الثاني: أثر المصلحة المرسلة في الهبة.

المبحث الثالث: أثر المصلحة المرسلة في الوصايا.

مدخل

المقصود بعقود التبرعات: هي نوع من أنواع التمليكات، مثل الوقف والهبة والوصية[1].

وعُرِّفت بأنها: عقود تقوم على أساس تمليك أحد الطرفين بلا مقابل يدفعه[2].

ونشرع في تفصيل هذا الفصل في ثلاثة مباحث كالتالي:

المبحث الأول: أثر المصلحة المرسلة في الوقف.

المبحث الثاني: أثر المصلحة المرسلة في الهبة.

المبحث الثالث: أثر المصلحة المرسلة في الوصايا.

---

(١) انظر: الالتزامات في الشرع الإسلامي: أحمد إبراهيم بك: ص٤٩-٥٠.

(٢) انظر: الجهالة وأثرها في عقود المعاوضات: د. عبد الله علي محمود الصيفي: ص٢١.

المبحث الأول
أثر المصلحة المرسلة في الوقف

وفيه مطلبان:

المطلب الأول
تعريف الوقف لغة واصطلاحاً

أولاً: تعريف الوقف لغة واصطلاحاً:

الوقف لغة:

هو الحبس والمنع، ويقال له التحبيس والتسبيل، ويراد به الحبس عن التصرف[1]. ومنه قوله ﷻ: ﴿وَقِفُوهُمْ إِنَّهُم مَّسْـُٔولُونَ﴾[2]؛ أي احبسوهم عن السير[3].

الوقف اصطلاحاً:

اختلف الفقهاء في تعريف الوقف، ويرجع ذلك فيما يبدو لاختلافهم في تكييفه وتصور حقيقته. كما يلي:

أولاً: عند أبي حنفية:

هو «حبس العين على ملك الواقف، والتصدق بالمنفعة على جهة الخير»[4].

وتكييفه عند أبي حنيفة أنه بمنزلة[5] العارية[6]، إذا رصد على شخص أو أشخاص

---

(١) الصحاح للجوهري: ٤/ ١٤٤، ولسان العرب: ٩/ ٣٥٩-٣٦٢، وتاج العروس: ٢٤/ ٤٦٩.

(٢) سورة الصافات، الآية [٢٤].

(٣) تفسير التحرير والتنوير: محمد الطاهر بن عاشور ٢٢/ ١٠٢.

(٤) شرح فتح القدير: لابن الهمام ٥/ ٤١٦، والهداية شرح بداية المبتدي: للمرغيناني: ٣/ ١٥.

(٥) وإنما قيل بمنزلة العارية، لا العارية الحقيقية، إذ لا تسليم في الوقف في الاجتهاد، وأيضاً لو وقع تسليمه، فليس من تسلمه – وهو الناظر – هو المنتفع كالمستعير، لذا قيل إنه بمنزلة العارية. انظر: شرح فتح القدير: ابن الهمام ٥/ ٣٧-٤٠، والبدائع للكاساني ٦/ ٢١٨، ورد المحتار على الدر المختار: ابن عابدين ٤/ ٣٣٨.

(٦) المصادر السابقة، المواضع نفسها.

معينين، والعارية عقد غير لازم، وبناء عليه لا يلزم زوال الموقوف عن ملك الواقف، ويصح له الرجوع عنه، ويجوز بيعه[1]. والتصدق بمنفعة الوقف ليس واجباً عند أبي حنيفة في هذه الحال، لا ديانة ولا قضاء.

ولا يلزم الوقف عند أبي حنيفة إلا بأحد أمور ثلاثة[2]:

١- أن يحكم به الحاكم. بأن يختصم الواقف مع الناظر، لأنه يريد أن يرجع بعلة عدم اللزوم، فيقضي الحاكم باللزوم، فيلزم لأنه أمر مجتهد فيه، وحكم الحاكم يرفع الخلاف.

٢- أن يطلقه الواقف بموته. إذا جاز عن طريق الوصية، كأن يقول الواقف: إذا متُّ، وقفت داري على كذا.

٣- أن يجعله وقفاً لمسجد، ويفرزه عن ملكه، ويأذن بالصلاة فيه: لأن إحياء الشعائر الدينية بإقامة الصلاة لا يتم في المسجد إلا إذا كان خالصاً لله، فيخرج من ملكية الواقف إلى ملكية الله تعالى لانقطاع حق العباد فيه انقطاعاً تاماً.

ثانياً: الشافعية:

هو: «تحبيس مالكٍ، مطلق التصرف في ماله المنتفع به، مع بقاء عينه، بقطع تصرفه وغيره في رقبته، يصرف ريعه إلى جهة بر، تقرباً إلى الله تعالى»[3]. وبناء عليه، فتكييف الوقف عند الشافعية، أنه ضرب من التصرف الانفرادي النافذ اللازم، ويخرج المال من ملك الواقف، ويصير حبيساً على حكم ملك الله، ويمتنع على الواقف تصرفه فيه، ويلزم التبرع بريعه على جهة الوقف[4].

---

(١) الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي: د.وهبة الزحيلي: ص١٣٣.

(٢) الهداية شرح بداية المبتدي: ٣/ ١٥، وشرح فتح القدير: ٥/ ٤١٧ وما بعدها.

(٣) مغني المحتاج: الشربيني ٢/ ٣٧٦، وحاشية الجمل على شرح المنهج: ٣/ ٥٧٦، ونهاية المحتاج بحاشية الشبراملسي: الرملي ٥/ ٣٥٥.

(٤) الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي: الزحيلي: ص١٣٥.

ثالثاً: عند صاحبي[(١)] أبي حنيفة:

كشأنه عند الشافعية: حبس العين على حكم ملك الله تعالى، والتصدق بالمنفعة[(٢)] وجوباً، ديانة وقضاء، وهو لازم لا رجوع فيه، بل لا يملك أحد التصرف في رقبة العين الموقوفة، تمليكاً أو توثيقاً، ولا تنتقل بالإرث.

رابعاً: المالكية[(٣)]:

هو «إعطاء المالك منفعة شيء مدة وجوده، لازماً بقاؤه في ملك المالك ولو تقديراً»، و«حبس العين على ملك الواقف، والتصدق بالغلة[(٤)]، وجوباً قضاء وديانة»[(٥)]. أي إن المالك يحبس العين عن أي تصرف تمليكي، ويتبرع بريعها لجهة خيرية، تبرعاً لازماً، مع بقاء العين على ملك الواقف مدة معينة من الزمان فلا يشترط فيه التأبيد[(٦)]. فالوقف عند المالكية لازم، كالشافعية والحنفية ما عدا أبا حنيفة.

---

(١) هما أبو يوسف، ومحمد بن الحسن.

(٢) شرح فتح القدير: ابن الهمام ٥/ ٣٧-٤٠، والبدائع: للكاساني ٦/ ٢١٨، ورد المحتار: لابن عابدين ٤/ ٣٣٨.

(٣) شرح منح الجليل: محمد عليش ٤/ ٣٤، والخرشي على سيدي خليل: محمد الخرشي ٧/ ٧٨، الفروق: للقرافي ٢/ ١١١.

(٤) المغني مع الشرح الكبير: لابن قدامة ٦/ ١٨٥ وما بعدها.

(٥) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي للدردير ٤/ ٩٥ جاء فيه ما نصه: «والملك لرقبة الموقوف للواقف، لا الغلة من ثمر ولبن، فإنها للموقوف عليه» أي حق يطالب به قضاء. ثم قال: «وهذا في غير المساجد، وأما المساجد فقد ارتفع ملكه عنها قطعاً».

(٦) الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي: الزحيلي: ص١٣٥.

خامساً: الحنابلة:

«تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة»[1]. وهذا التعريف هو أقرب التعاريف إلى التصور الشرعي الإسلامي لهذه الجزئية من جزئيات فقه المعاملات، وذلك لما يلي[2]:

* أنه اقتباس من حديث رسول الله ﷺ عندما قال لعمر بن الخطاب رضي الله عنه: **(احبس أصلها وسبل ثمرتها)**[3].

- أنه خاص بذكر جوهر الوقف وإظهار حقيقته دون التطرق إلى أمور أخرى وجزئيات تكميلية تخص ملكية العين، أو لزوم الوقف أو غيرها من تفصيلات الفقهاء التي تعتمد على اجتهاداتهم واختلاف وجهات نظرهم، الأمر الذي يجعل هذا التعريف قاسماً مشتركاً بين جميع المذاهب الفقهية والآراء الاجتهادية.

مما سبق يتضح اختلاف الفقهاء في لزوم الوقف على قولين:

الأول: ذهب أبو حنيفة إلى عدم لزوم الوقف، وأن للواقف أن يرجع عنه في حياته متى شاء، ويبطل بموته، ويورث عنه، ولورثته أيضاً حق الرجوع.

الثاني: ذهب جمهور العلماء ومنهم الصحابيان من الحنفية وعليه الفتوى، إلى أن الوقف ملزم بمجرد القول لا يصح الرجوع فيه.

---

(١) المغني: موفق الدين بن قدامة ٥/ ٥٩٧، والشرح الكبير مع المغني: لابن قدامة: ٦/ ١٨٥ في الهامش.

(٢) أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية: د/ محمد عبيد الكبيسي: ١/ ٨٨.

(٣) رواه النسائي في سننه (المجتبى من السنن) ٦/ ٢٣٢، كتاب: الأحباس، باب: حبس المشاع، رقم ٣٦٠٣، ورواه ابن ماجه في سننه ٢/ ٨٠١، كتاب: الصدقات، باب: من وقف، رقم٢٣٩٧، قال الألباني في الإرواء: ٦/ ٣١، «حديث رقم ١٥٨٢. ١٥٨٣ صحيح».

ثانياً: علاقة الوقف بالمصلحة:

إن من الأمور الجلية للناظر، التلازم القائم والدائم بين الشريعة الإسلامية وحقيقة المصالح الإنسانية... إنه تلازم سار بين طرفين. فحيثما لاحت مصلحة حقيقية تجر خيراً إلى الإنسان أو تصد عنه شراً، تجد في الشريعة الإسلامية تبنياً لها ودعوة إليها. ومهما وقعت عيناك على حكم لله ﷻ في شريعته الخالدة، تجده يحمل إلى الإنسان خيراً يسعده أو يصرف عنه شراً يشقيه.

وكثيراً ما يكون الحكم الشرعي هو المنبه إلى المصلحة الإنسانية أو الاجتماعية الموجودة في تضاعيفه بحيث لو لم يخاطب الله ﷻ عباده بذلك الحكم، لما تنبهوا إلى تلك المصلحة التي لابد منها لصلاح حياتهم. ولعل أكثر الأحكام الشرعية من هذا القبيل.

وربما كان الأمر عكس ذلك، يشعر الناس بالمصلحة التي لابد لحياتهم الفردية أو الاجتماعية منها، فيشرع الله لهم من الأحكام ما يفتح لهم السبيل إلى بلوغ تلك المصلحة. ففي آيات الأحكام التي تنزلت بمناسبات نجد أمثلة كثيرة استجابة لحاجات وتحقيقاً لمصالح، أو دفعاً لشرور وأضرار.

ومنها شرعة الأوقاف ونظامها، ومما لا شك فيه أن الناس جميعاً تدرك مدى أهمية المصلحة التي تتكفل بها هذه الشرعة. ولقد كان كتاب الله هو المؤسس الأول لهذه الشرعة والواضع لهذا النظام، وإليه يرجع فضل التنبيه إلى هذه المصلحة والكشف عن مدى أهميتها، فيتجلى هذا واضحاً في الآيات الأربعة التي نزلت في سورة الحشر، بياناً لحكم الأراضي التي أفاءها الله على المسلمين من يهود بني النضير، وهي قوله ﷻ: ﴿مَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنۡ أَهۡلِ ٱلۡقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي ٱلۡقُرۡبَىٰ وَٱلۡيَتَٰمَىٰ وَٱلۡمَسَٰكِينِ وَٱبۡنِ ٱلسَّبِيلِ كَيۡ لَا يَكُونَ دُولَةَۢ بَيۡنَ ٱلۡأَغۡنِيَآءِ مِنكُمۡۚ وَمَآ ءَاتَىٰكُمُ ٱلرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَىٰكُمۡ عَنۡهُ فَٱنتَهُواْۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَۖ إِنَّ ٱللَّهَ شَدِيدُ ٱلۡعِقَابِ ۝٧ لِلۡفُقَرَآءِ ٱلۡمُهَٰجِرِينَ ٱلَّذِينَ أُخۡرِجُواْ مِن دِيَٰرِهِمۡ وَأَمۡوَٰلِهِمۡ يَبۡتَغُونَ فَضۡلٗا مِّنَ ٱللَّهِ وَرِضۡوَٰنٗا

وَيَنصُرُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥٓ ۚ أُوْلَـٰٓئِكَ هُمُ ٱلصَّـٰدِقُونَ ﴿٨﴾ وَٱلَّذِينَ تَبَوَّءُو ٱلدَّارَ وَٱلْإِيمَـٰنَ مِن قَبْلِهِمْ يُحِبُّونَ مَنْ هَاجَرَ إِلَيْهِمْ وَلَا يَجِدُونَ فِى صُدُورِهِمْ حَاجَةً مِّمَّآ أُوتُوا۟ وَيُؤْثِرُونَ عَلَىٰٓ أَنفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ ۚ وَمَن يُوقَ شُحَّ نَفْسِهِۦ فَأُوْلَـٰٓئِكَ هُمُ ٱلْمُفْلِحُونَ ﴿٩﴾ وَٱلَّذِينَ جَآءُو مِنۢ بَعْدِهِمْ يَقُولُونَ رَبَّنَا ٱغْفِرْ لَنَا وَلِإِخْوَٰنِنَا ٱلَّذِينَ سَبَقُونَا بِٱلْإِيمَـٰنِ وَلَا تَجْعَلْ فِى قُلُوبِنَا غِلًّا لِّلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ رَبَّنَآ إِنَّكَ رَءُوفٌ رَّحِيمٌ﴾[١].

ففي الآيات نرى أن الله يأمر بحبس عين المال الذي يخضع للبقاء، ولا يستهلك جوهره الاستعمال، وهو الأرض والعقارات التي أفاءها الله على المسلمين، عن تمليك ذاتها والتصرف بأعيانها، على أن يصرف خراجها إلى مصالح المسلمين جيلاً بعد جيل، لتشترك هذه الأجيال كلها في الاستفادة من ريعها والنيل من ثمارها وخيراتها.

ثم إن رسول الله ﷺ وسع في مجال تطبيق هذه الشرعة الإنسانية المباركة، فأوصى أفراد المسلمين بأن يجعلوا لهذه الشرعة نصيباً من صدقاتهم، وسماها: صدقة جارية. وأوضح أنها تكون في أي نوع من الأموال التي لا يستهلكها ويستنفدها الاستعمال، وإن استهلكها التقادم وكثرة الاستعمال، كالدور والأراضي والدواب والمفروشات والأثاث وينابيع المياه.

ومن ذلك قوله ﷺ: (**إذا مات الإنسان انقطع عمله إلا من ثلاث، صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له**)[٢].

ومن ثم انتشرت هذه السنة بين أصحاب رسول الله ﷺ، وهكذا حتى غدا المجتمع الإسلامي في الجزيرة العربية وما حولها، مليئاً بممتلكات مالية، ولكن لا يملك أن يتصرف بأعيانها أحد، وإنما يوجه ريعها ووجوه الاستفادة منها إلى الجهات التي حبست في سبيلها.

---

(١) سورة الحشر، الآيات [٧-١٠].

(٢) رواه مسلم في صحيحه ٣/ ١٢٥٥، كتاب: الوصية، باب: ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته، رقم ١٦٣١.

كما نرى المصلحة الاجتماعية التي نبّه الله تعالى إليها في سورة الحشر واضحة وجلية في اتفاق جمهور الفقهاء على لزوم الوقف، وأن صلاحية التصرف بالموقوف تنقطع منذ أن تم وقفه من جهة المالك.

يقول العز بن عبد السلام: «إن المصالح أربعة أنواع: اللذات وأسبابها والأفراح وأسبابها»[(١)]، وقال غيره: المصلحة جلب نفع أو دفع ضر؛ لأن قوام الإنسان في دينه ودنياه وفي معاشه ومعاده بحصول الخير واندفاع الشر، وإن شئت قلت: بحصول الملائم واندفاع المنافي[(٢)].

قال الشاطبي: إن وضع الشريعة إنما هو لمصالح العباد في العاجل والآجل معاً... وإن المعتزلة اتفقت على أن أحكامه تعالى معللة برعاية مصالح العباد وأنه اختيار أكثر الفقهاء المتأخرين... فإن الله ﷻ يقول في بعثه للرسل وهو الأصل: ﴿وَمَآ أَرْسَلْنَٰكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَٰلَمِينَ﴾[(٣)]. وقال في أصل الخلقة: ﴿وَمَا خَلَقْتُ ٱلْجِنَّ وَٱلْإِنسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ﴾[(٤)].

وأما التعليل لتفاصيل الأحكام... كقوله ﷺ في آية الوضوء: ﴿مَا يُرِيدُ ٱللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُم مِّنْ حَرَجٍ وَلَٰكِن يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ وَلِيُتِمَّ نِعْمَتَهُۥ عَلَيْكُمْ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ..﴾[(٥)]، وفي الصلاة: ﴿إِنَّ ٱلصَّلَوٰةَ تَنْهَىٰ عَنِ ٱلْفَحْشَآءِ وَٱلْمُنكَرِ﴾[(٦)].

---

(١) قواعد الأحكام في مصالح الأنام: ص١٠.

(٢) شرح مختصر الروضة: الطوفي: ٣/ ٢٠٤.

(٣) سورة الأنبياء، الآية [١٠٧].

(٤) سورة الذاريات، الآية [٥٦].

(٥) سورة المائدة، الآية [٦].

(٦) سورة العنكبوت، الآية [٤٥].

وإذا دلَّ الاستقراء على هذا وكان في مثل هذه القضية مفيداً للعلم فنحن نقطع بأن الأمر مستمر في جميع تفاصيل الشريعة[١].

إن الوقف ليس من التعبديات التي لا يعقل معناها، بل هو من معقول المعنى، ومما أسماه ابن رشد بالمصلحي حيث قال: والمصالح المعقولة لا يمنع أن تكون أساساً للعبادات المفروضة، حيث يكون الشرع لاحظ فيها معنيين: معنى مصلحياً، ومعنى عبادياً، وأعني بالمصلحي ما رجع إلى الأمور المحسوسة، وبالعبادي ما رجع إلى زكاة النفس[٢]. وقد صنفه العز بن عبد السلام في معقولات المعنى فهو نوع من الصدقات والصلات والهبات ففيه ما فيها من سد الخلات.

وقد أكد القرافي ذلك المعنى حيث قال: «ولا يصحح الشرع من الصدقات إلا المشتمل على المصالح الخاصة والراجحة»[٣].

المطلب الثاني
مسائل في الوقف وبيان أثر المصلحة المرسلة في مشروعيته

المسألة الأولى: بيع الوقف (استبداله):

أطلق الفقهاء كلمة الاستبدال وأرادوا بها: بيع عين الموقوف عقاراً كان أو منقولاً بالنقد. وشراء عين بمال البدل لتكون موقوفة مكان العين التي بيعت.

كما أطلق البدل أو التبادل على المقايضة. أي بيع عين الوقف بعين أخرى[٤].

---

(١) الموافقات: الشاطبي: ٢/ ٥- ٧.

(٢) بداية المجتهد بحاشيتها الهداية: الغماري: ١/ ١٦٢.

(٣) الذخيرة: القرافي: ٦/ ٣٠٢.

(٤) استثمار موارد الأوقاف (الأحباس): خليل الميس (جدة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع١٣): ١/ ٦١١.

ومما هو معلوم أن المقصود بالوقف هو دوام الانتفاع به، وتحصيل الثواب والأجر بنفعه.

وقد اختلف الفقهاء في جواز الاستبدال ما بين مضيق وموسع، بل من الفقهاء من كان يمنعه، ولم يجزه إلا في أحوال استثنائية قليلة الوقوع، ومنهم من أجازه لاشتراط الوقف، أو لكثرة الغلات عند الاستبدال.

الحنفية[1]:

يُعد الفقهاء الأحناف أكثر المذاهب توسعاً في باب الاستبدال، فقد أجازوه في معظم حالاته ما دام أنه يحقق مصلحة الأطراف، سواء كان يحقق مصلحة للواقف أو من في حكمه كالقاضي أو الناظر، أو يحقق مصلحة للموقوف منقولاً كان أم عقاراً في غير المسجد، فللمسجد صفة الأبدية، فلا تنسلخ عنه صفة المسجدية ولو استغني عنه، فلو خرب المسجد وليس له ما يعمر به، يبقى مسجداً عند أبي حنيفة وأبي يوسف أبداً إلى قيام الساعة، وبرأيهما يُفتى، فلا يعود إلى ملك الباني وورثته.

وقال محمد بن الحسن: إذا انهدم الوقف وليس له من الغلة ما يعمر به، فيرجع إلى الباني أو ورثته.

وفي رواية أخرى عن أبي يوسف يصرف وقف المسجد والرباط والبئر والحوض إلى أقرب مسجد أو رباط أو حوض إليه. ولكن المفتى به في تأبيد المسجد قول الشيخين كما تقدم.

---

(١) الدر المختار ورد المحتار: ابن عابدين: ٣/ ٤٠٦ - ٤٠٨، ٤١٩ وما بعدها، وفتح القدير: لابن الهمام ٥/ ٥٨ وما بعدها، وبدائع الصنائع: ٦/ ٢٢٠.

ولكن في آلات المسجد نحو القنديل والحصير، الفتوى على قول محمد وهو ردها إلى واقفها أو إلى ورثته.

أما أنقاض المسجد فيفتى فيها بقول أبي يوسف وأبي حنيفة.

وخلاصة الفتوى عند مشايخ الحنفية بيع الأنقاض وصرف ثمنها إلى مسجد آخر أو رباط آخر؛ لأن غرض الواقف انتفاع الناس بالموقوف.

وقد ذكر فقهاء الحنفية صوراً ثلاثة للاستبدال[١]:

الصورة الأولى: أن يشترط الواقف لنفسه أو لغيره، أو لنفسه وغيره. بأن شرط الواقف في وقفيته الاستبدال بالموقوف أرضاً أخرى، أو شرط بيعه وجعل غيره وقفاً في موضعه، جاز الاستبدال على الصحيح ويكون الوقف صحيحاً، والشرط صحيحاً عند الصاحبين في بعض الروايات. وروي عن محمد أن الوقف يصح والشرط يبطل[٢].

الصورة الثانية: ألا يشرطه، سواء شرط عدمه أو سكت لكن صار بحيث لا تنفع به بالكلية بأن لا يحصل منه شيء أصلاً، أو لا يفي بمؤنته. فالاستبدال في هذه الحال جائز، إذا كان بإذن القاضي لأنه هو الذي يقدر ذلك، وكان رأيه لمصلحة فيها، وروي عن محمد جواز الاستبدال في هذه الحال، أي حال التعطل، وعدم وجود غلة[٣].

وفي الجملة فإن أكثر فقهاء الحنفية قرروا جواز الاستبدال في حال عدم الغلة.

الصورة الثالثة: أن لا يشرطه أيضاً ولكن فيه نفع بالجملة، وبدله خير منه ريعاً ونفعاً. فقد اختلف فقهاء الحنفية في ذلك.

---

(١) رد المحتار على الدر المختار: ابن عابدين ٤/ ٣٨٤.

(٢) فتح القدير: ٥/ ٥٨؛ المبسوط: ١٢/ ٤٢.

(٣) أنفع الوسائل: ص١١٢.

مخالفة اشتراط الواقف عدم الاستبدال: للحنفية رأيان[١]:

الأول: عدم الجواز، قال هلال الرأي[٢]: «لو جاز للقيم ببيع الوقف بغير شرط كان في أصله، كان له أن يبيع ما استبدل بالوقف فيكون الوقف يباع في كل يوم، وليس هذا بالوقف».

الثاني: أنه يجوز للقاضي الاستبدال إذا كان فيه مصلحة، وإن كان الواقف نصّ على عدمه، وهذا رأي أبي يوسف ومن وافقه من فقهاء الحنفية.. وعلل أبو يوسف جواز الاستبدال بالمصلحة، لأنه أنفع للواقف، وليس فيه منافاة لمقصده، وإذا اجتمع نص الواقف ورأي الحاكم فيرجح الأصلح وهو رأي الحاكم. وأنه يجوز للقاضي شروط.

شروط الاستبدال:

١ - أن يخرج عن الانتفاع كلية.

٢ - ألا يكون هناك ريع للوقف يعمر به.

٣- ألا يكون البيع بغبن فاحش.

٤ - أن يكون المستبدل قاضي اللجنة، المفسَّر بذي العلم والعمل لئلا يحصل التطرق إلى أوقاف المسلمين كما هو الغالب في الزمن الأخير[٣].

٥ - أن يستبدل بعقار لا بالدراهم والدنانير، لئلا يأكلها النظار.

٦ - ألا يبيعه القيم لمن لا تقبل شهادته، ولا من له على القيم دين.

---

(١) شرح فتح القدير: ٦/ ٢٢٨.

(٢) هو: هلال بن يحيى بن مسلم الرأي البصري، قيل له الرأي لسعة علمه وكثرة فهمه، كما قيل: ربيعة الرأي، أخذ الفقه عن أبي يوسف وزفر وأخذ عنه بكار بن قتيبة، وله مصنف في الشروط وأحكام الوقف تداوله العلماء، مات سنة ٢٤٥هـ. انظر: الفوائد البهية: ص٢٢٣.

(٣) انظر: فتح القدير ٥/ ٨٥، وحاشية ابن عابدين ٣/ ٣٨٨-٣٨٩.

قول متأخري فقهاء الحنفية:

قال ابن نجيم في فتاويه نقلاً عن شرح الوقاية: «... ونحن لا نفتي به! والذي اعتقده في مسألة الاستبدال ما أفتى به شمس الأئمة السرخسي من أنه لا يجوز استبداله أصلاً، والله الموفق للصواب»(١).

المالكية(٢):

منع المالكية استبدال العقار الموقوف منعاً باتاً وذكر المالكية أن الأوقاف بالنسبة لبيعها ثلاثة أقسام:

القسم الأول: المساجد: أجمع فقهاء المالكية على عدم جواز بيعها مطلقاً(٣).

القسم الثاني: إذا كان عقاراً قائماً بنفسه، غير المساجد، إذا كانت منفعة قائمة.. فالإجماع أنه لا يجوز(٤). إلا لضرورة توسيع مسجد أو مقبرة أو طريق عام فيجوز(٥). لأن هذه المصالح عامة للأمة، وإذا لم تبع الأحباس لأجلها تعطلت وأصاب الناس ضيق، ومن الواجب التيسير على الناس في عباداتهم، وسيرهم، ودفن موتاهم.

أما إذا كان العقار منقطع المنفعة:

ففيه تفصيل:

---

(١) رسائل ابن نجيم: ص١٠

(٢) القوانين الفقهية: لابن جزي: ص٣٧١، والشرح الصغير: أحمد الدردير بحاشية الصاوي: ٤/ ٩٩-١٠١، و٤/ ١٢٥- ١٢٧، والشرح الكبير: أحمد الدردير بحاشية الدسوقي ٤/ ٩٠ وما بعدها، والفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني: ص٤٠.

(٣) القوانين الفقهية: لابن جزي: ٣٧١.

(٤) شرح رسالة الحطاب: ص١٠.

(٥) الحاشية على الشرح الكبير: ٤/ ٩٢، ورسالة الحطاب: ص٩.

الحالة الأولى: أن يكون منقطع المنفعة – ولكن يرجى أن تعود منفعته – ولا ضرر في بقائه فلا يجوز بيعه باتفاق.

الحالة الثانية: أن يكون العقار منقطع المنفعة – ولكن يرجى أن تعود منفعته أو أن في بقائه ضرراً على الوقف – فللمالكية قولان:

القول الأول: عدم جواز الاستبدال[١].

القول الثاني: فرق إذا كان في المدينة أو خارجها: فإن كان في المدينة فلا يجوز بيعه ولا استبداله. أما إذا كان خارج المدينة فمنهم من أجاز بيعه ويجعل الثمن في مثله[٢]. إلا أن جمهور المالكية على المنع سداً للذرائع المفضية على بيع الأحباس وأكل ثمنها[٣].

ومما تقدم يتبين أن المالكية أجازوا الاستبدال في العقار للضرورة العامة.

القسم الثالث: أما وقف المنقول (العروض والحيوان) إذا ذهبت منفعتها: فإن الاستبدال فيه عند المالكية جائز، ويصرف ثمنه في مثله، فإن لم تصل قيمته إلى شراء شيء ما، جعلت في نصيب من مثله، ذلك لأن منع الاستبدال قد يؤدي إلى إتلافه[٤].

الشافعية[٥]: ومذهبهم في الاستبدال يقارب مذهب الإمام مالك، من حيث التشديد في منع الاستبدال حتى أوشكوا أن يمنعوه مطلقاً للحيلولة دون ضياع للأوقاف. فقالوا:

---

(١) شرح الخرشي: ٧/ ٩٥.

(٢) رسالة الحطاب: ص٥.

(٣) المصدر السابق: ص٦

(٤) التاج والإكليل: ٦/ ٤١.

(٥) المهذب: للشيرازي ١/ ٤٤٥، ومغني المحتاج: للشربيني ٢/ ٣٩٢ وما بعدها، وتكملة المجموع: علي بن عبد الكافي السبكي، ومحمد نجيب المطيعي ١٤/ ٦١٢ وما بعدها.

«إذا انهدم مسجد أو خرب وانقطعت الصلاة فيه، وتعذرت إعادته، لم يعد إلى ملك أحد، ولم يجز التصرف فيه ببيع أو غيره؛ لأنه ما زال الملك فيه لحق الله تعالى لا يعود إلى الملك بالاختلال، وتصرف غلة وقفه لأقرب المساجد إليه إذا لم يتوقع عوده، وإلا حفظ».

واختلف الشافعية إذا أصبح العقار الموقوف لا يأتي بنفع مطلقاً، إلى فريقين:

الفريق الأول: منع الاستبدال كما في المسجد.

الفريق الثاني: أجاز الاستبدال، لأنه لا يرجى منفعته، فكان بيعه أولى من تركه بخلاف المسجد، فإنه يمكن الصلاة فيه مع خرابه.

ومن هذا يظهر تشدد الشافعية في المنقول، وبلغ من تشددهم في منع الاستبدال، أنهم منعوا بيعه ولو في حال عدم الصلاحية إلا بالاستهلاك، فأجازوا للموقوف عليهم استهلاكه لأنفسهم، ولم يجيزوا بيعه، لأنه مع عدم إمكان الانتفاع به إلا باستهلاكه لم تزل عنه صفة الوقف التي تمنع البيع عندهم منعاً مطلقاً[1].

وقال الكبيسي: «والذي أراه: أن هذا الإفراط في التشديد قد يجر على بقاء الكثير من دور الأوقاف خربة لا ينتفع بها... وفي هذا الأضرار ما فيه وهو يصطدم مع مصلحة المستحقين في الارتزاق، كما يصطدم مع مصلحة الأمة في العمارة والنماء»[2].

وإن الوقف إذا كان فيه ريع ولو كان قليلاً لا يباع، ولو أذن بذلك القاضي على مذهبهم.

الحنابلة[3]: تحلل الحنابلة من قيود التشديد قليلاً وتساهلوا في بيع الأحباس لتحل أخرى محلها، وبذلك ساروا في طريق الاستبدال خطوة أوسع من المالكية والشافعية.

---

(١) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: ٤/ ٢٨٦.

(٢) أحكام الوقف في الريعة الإسلامية: د. محمد عبيد الكبيسي: ٢/ ٤٣٢.

(٣) المغني: ابن قدامة ٥/ ٥٧٥ – ٥٧٩، والمغني والشرح الكبير: ٦/ ٢٢٥.

قال ابن قدامة: إن الوقف إذا خرب وتعطلت منافعه؛ كدار انهدمت أو خربت وعادت مواتاً ولم يمكن عمارتها، أو مسجد انتقل أهل القرية عنه وصار في موضع لا يصلى فيه، أو ضاق بأهله ولم يكن توسيعه في موضعه، أو تشعب جميعه ولم يمكن عمارته ولا عمارة بعضه إلا ببيع بعضه – جاز بيع بعضه لتعمر بقيته، وإن لم يمكن الانتفاع بشيء منه بيع جميعه[1].

ومن هذا نرى أن الحنابلة فتحوا باب البيع والاستبدال، ولكنهم قيدوه بالضرورة والمصلحة[2].

وقال ابن قدامة: «وإن لم تتعطل مصلحة الوقف بالكلية لكن قلّت، وكان غيره أنفع منه وأكثر رداً على أهل الوقف، لم يجز بيعه؛ لأن الأصل تحريم البيع... وإنما أبيح للضرورة صيانة لمقصود الوقف عن الضياع مع إمكان تحصيله ومع الانتفاع، وإن قل ما يضيع المقصود... اللهم إلا أن يبلغ في قلة النفع إلى حد لا يعد نفعاً، فيكون ذلك كالعدم»[3].

وعند الحنابلة: أن الجهة التي يناط بها البيع بشروطه هي الحاكم: قال ابن النجار: ويبيعه الحاكم إن كان على سبيل الخيرات، وإلا فناظره الخاص، والأحوط: إذن الحاكم له[4].

المسألة الثانية: وقف المنقول

قبل تناول موضوع وقف المنقول، أذكر تعريف العقار كما جاء في كتب اللغة لكونه قسيماً ومقابلاً له. فتعريف العقار يزيد المنقول وضوحاً.

---

(١) المغني والشرح الكبير: ٦/ ٢٢٥.

(٢) الاختيارات العلمية: ص١٠٧.

(٣) المغني والشرح الكبير: ٦/ ٢٢٧.

(٤) انظر: منتهى الإرادات لتقي الدين محمد الشهير بابن النجار ٣/ ٣٨٦.

تعريف العقار:

للعقار تعريفات متعددة منها:

* «العَقْر والعقار: المنزل والضَّيْعَة، يُقال: ماله دار ولا عقار، وخصَّ بعضهم بالعقار النخل...، قال: العَقَار – بالفتح – الضيعة والنّخل والأرض ونحوه»(١).

* «العقار مثل سَلاَم: كل ملكٍ ثابتٍ له أصل كالدَار والنخل، قال بعضهم: وربما أُطْلِق على المتاع، والجمع عقارات»(٢).

* «العقار – بالفتح مخففاً – الأرض والضياع والنخل، ويُقال: في البيت عَقَارٌ حَسَنٌ، أي متاع وأداة»(٣).

تعريف المنقول:

* «النَّقْلُ تحويل الشيء من موضع إلى موضع، نَقَلَه ينقُلُه نَقْلاً فانتقل، والتَّنَقُّل التّحوُّل، ونَقَّلَهُ تَنْقِيْلاً إذا أكثر نقله»(٤).

* «نَقَلْتُهُ نَقْلاً من باب قَتَلَ، حَوَّلْتُهُ من موضع إلى موضع، وانتَقَلَ تحولَّ، والاسم النقلة، ونقلته بالتشديد مبالغة وتكثير»(٥).

وعليه فإن النقل هو تحويل الشيء من موضع إلى آخر، فيكون لفظ (المنقول) اسم مفعول من النقل، وهو المحوّل من موضع إلى آخر من أي شيء كان.

---

(١) لسان العرب: مادة (عقر) ٤/ ٥٩٧.

(٢) المصباح المنير: الفيومي، مادة (عقر): ٢/ ٤٢١.

(٣) مختار الصحاح: مادة (عقر): ص١٨٧.

(٤) لسان العرب: مادة (نقل) ١١/ ٦٧٤.

(٥) المصباح المنير: الفيومي، مادة (نقل) ٢/ ٦٢٣.

اتفق الفقهاء على صحة وقف العقار، واختلفوا حول وقف المنقول، ويمكن تصنيف أقوالهم في ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الأول:

عدم جواز وقف المنقول أياً كان وقصر الوقف على العقار، وهذا ما ذهب إليه أبو حنيفة، دون صاحبيه، واستدل بما يلي:

* أن وقف السلف كان في العقار (الدور والأراضي).

* مقتضى الوقف التأبيد والمنقول لا يتأبد ولا يدوم لأنه على شرف الهلاك[1].

ونوقش هذا الدليل بما يلي:

* أنه ثبت عن الصحابة وقف غير الدور والأرضين، ومن ذلك السلاح والأعتد[2].

* على تقدير عدم الثبوت فإنه قد ثبت في الأحاديث الصحيحة وقف الحيوان والسلاح ونحوهما وهي منقولة، ولا قول لأحدٍ ولا فعل مع قول رسول الله أو فعله، أو إقراره مهما كانت منزلته[3].

---

(١) انظر: فتح القدير: ابن الهمام ٥/ ٤٩، والذخيرة: القرافي ٦/ ٣١٣، وبدائع الصنائع: الكاساني ٦/ ٢٢٠، وتبيين الحقائق: الزيلعي ٣/ ٣٢٧، وحاشية رد المحتار: لابن عابدين ٤/ ٣٦٣.

(٢) لحديث أبي هريرة ﵁ قال: (أمر رسول الله ﷺ بالصدقة، فقيل: ابن جميل، وخالد بن الوليد، وعباس بن عبد المطلب، فقال النبي ﷺ: (ما ينقم ابن جميل إلا أنه فقيراً فأغناه الله ورسوله، وأما خالد فإنكم تظلمون خالداً، قد احتبس أدراعَهُ وأعْتُدَهُ في سبيل الله، وأما العباس بن عبد المطلب فعم رسول الله ﷺ فهي عليه صدقة ومثلها معه) رواه البخاري في صحيحه، كتاب: الزكاة، باب (٤٩)، ومسلم في صحيحه: كتاب الزكاة، باب (٤) وفيه: **(وأعتاده)** بدل **(وأعتده)**.

(٣) انظر: بدائع الصنائع: ٦/ ٢٢٠، والهداية شرح بداية المبتدي: المرغيناني ٣/ ١٦، والاختيار في تعليل المختار: عبد الله الموصلي ٣/ ٤٣.

الاتجاه الثاني:

وفيه تفصيل، وذهب إليه فقهاء الحنفية - عدا أبي حنيفة- وابن حزم.

*** وقف المنقول التابع للعقار:**

ذهب الصاحبان - أبو يوسف ومحمد بن الحسن إلى جوازه. فإن كان متصلاً بالعقار اتصال ثابت وقرار كالبناء في الأرض وما اتصل به من أبواب ونوافذ، وكالشجر وآلات الري الثابتة في الأرض - فهذا يعتبر موقوفاً تبعاً لوقف العقار نفسه دون حاجة إلى النص عليه.

واستدلوا بأن هذه المنقولات تبع الأرض في تحصيل ما هو المقصود، وقد يثبت تبعاً ما لا يثبت مقصوداً، كالشرب، ومسيل الماء، والطريق في البيع[1]. فأخذا بالقاعدة الفقهية: «يثبت تبعاً ما لا يثبت استقلالاً»[2].

واستدل محمد بن الحسن بأنه لما جاز إفراد بعض المنقول بالوقف - وهو ما تعارف الناس على وقفه وتعاملوا به - فلئن يجوز الوقف فيه تبعاً من باب أولى[3].

*** وقف المنقول التابع الذي يمكن الانتفاع به وغير متصل بالعقار:**

إن كان التابع غير متصل بالعقار على وجه الاستقرار والدوام، أو كان منفصلاً عنه رغم أنه من لوازمه، كالثمر في الشجر والماشية في الأرض، والآلات المتنقلة المستعملة في الأرض، والأثاث في المنزل، فهذا لا يكون موقوفاً إلا بالنص عليه عند وقف العقار[4].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع: ٦/ ٢٢٠، والهداية: المرغيناني ٣/ ١٥، والاختيار: الموصلي ٣/ ٤٢، ومجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر: داماد أفندي: عبد الله محمد سليمان ١/ ٧٣٩.

(٢) انظر: الأشباه والنظائر في فروع فقه الشافعية: جلال الدين عبد الرحمن السيوطي: ص١١٧.

(٣) انظر: الهداية: المرغيناني: ٣/ ١٥- ١٦، واللباب في شرح الكتاب: عبد الغني الغنيمي الميداني: ٢/ ١٨٣.

(٤) انظر: فتح القدير ٥/ ٤٩ وما بعدها، والاختيار لتعليل المختار: الموصلي ٣/ ٤٣، وأحكام الأوقاف: مصطفى الزرقاء: ص٥٩، والوجيز لأحكام الوصية والوقف: محمد سلام مدكور: ص١٤٦.

واستدلوا لصحة ذلك:

أنه من القواعد الفقهية المقررة أن ما لا يصح قصداً قد يصح تبعاً، ويغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها[1].

كما أجاز الصاحبان وقف الكراع والسلاح استثناء من الأصل عندهم على سبيل الاستحسان؛ نظراً لأن الجهاد سنام الدين، فكان معنى القربة فيهما أقوى منه في غيرهما، فلا يلزم من شرعية الوقف فيهما شرعيته فيما هو دونهما، ولا يلحق بهما عن طريق القياس والدلالة؛ لأنه ليس في معناهما[2]، وذلك للآثار المشهورة الواردة في ذلك، ومنها:

* حديث احتباس خالد بن الوليد أدراعه وأعتده في سبيل الله[3].

* وحديث **أم معقل**[4] حيث جاءت النبي ﷺ فقالت: (يا رسول الله إن أبا معقل جعل ناضحه في سبيل الله وإني أريد الحج أفأركبه؟) فقال ﷺ: **(اركبيه فإن الحج والعمرة في سبيل الله)**[5].

وأجاز محمد بن الحسن كذلك وقف ما جرى العرف بوقفه استقلالاً من أنواع المنقولات، كالفأس والمنشار والأواني والكتب والمصاحف وأدوات الإنارة والنظافة في

---

(١) انظر: مجلة الأحكام العدلية، مادة ٥٤.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٦/ ٢٢٠، وتبيين الحقائق: الزيلعي ٣/ ٣٢٧، والفتاوى الهندية: الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند ٢/ ٣٥٧، وحاشية رد المحتار: ٤/ ٣٦٣.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٦/ ٢٢٠، والهداية: المرغيناني ٢/ ٢٨٢، والاختيار ٣/ ٤٢، ومجمع الأنهر ١/ ٧٣٩، والفتاوى الهندية ٢/ ٣٦٠.

(٤) هي: أم معقل الأسدية أو الأشجعية زوج الصحابي الهيثم أبي معقل، ويقال لها: الأنصارية، صحابية لها حديث في عمرة رمضان. تقريب التهذيب: ص٧٥٩. والإصابة في تمييز الصحابة ٨/ ٣٠٩.

(٥) رواه أحمد في المسند ٦/ ٣٧٥، وأبو داود في سننه ٢/ ٥٠٣-٥٠٤، والحاكم في المستدرك ١/ ٤٨٣، ٤٨٤، وضعف الذهبي أحد رواته ولكن له شواهد يتقوى بها.

المساجد وآلات حمل الجنائز؛ ذهاباً منه إلى أن القياس قد يترك بالتعامل، كما في عقد الاستصناع[(١)]، ولما جاء في الأثر: (ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن)[(٢)].

ونوقش هذا الدليل: بأن مبناه على دليل عقلي وهو القياس، وقد وردت الأدلة النقلية كما في أدلة أصحاب الاتجاه الثالث على الجواز كما سيأتي، فلا يلتفت إلى غيرها.

أما فيما يتعلق بحديث: (ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسناً). فيناقش هذا الدليل بأنه لم يثبت مرفوعاً إلى النبي ﷺ بل ثبت موقوفاً على عبد الله بن مسعود كما في تخريجه. وعلى تقدير ثبوت رفعه فإنه محمول على ما لم يثبت فيه دليل، أما ما ثبت فيه دليل فالمصير إلى الدليل ولو خالف العرف، وقد ثبت الدليل كما في الاتجاه الثالث وهو الجواز.

أما ابن حزم فمذهبه قريب من الحنفية، حيث أجاز الوقف في الدور والأرضين بما فيهما من الغرس والبناء وفي المصاحف والدفاتر والعبيد والسلاح والخيل في سبيل الله في الجهاد فقط لا في غير ذلك[(٣)]. اقتصاراً على مورد النص.

الاتجاه الثالث:

الجواز مطلقاً. سواء أكان الموقوف مستقلاً بذاته، ورد به النص أو جرى به العرف، أم تبعاً لغيره من العقار، إذ لم يشترطوا التأبيد لصحة الوقف، فيصح كونه مؤبداً أو مؤقتاً، خيرياً أم أهلياً. وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، حيث اتسعت دائرة المنقولات التي يصح وقفها لتشمل كل ما جاز بيعه وجاز الانتفاع به مع

---

(١) فتح القدير: ٥/ ٥١، وانظر: بدائع الصنائع: ٦/ ٢٢٠، وتبيين الحقائق: ٣/ ٣٢٧، والفتاوى الهندية: ٢/ ٣٥٧.

(٢) راجع تخريج الأثر: ص٣٩، من هذا الكتاب.

(٣) المحلى: لابن حزم ٩/ ١٧٥.

بقاء عينه كالعقار والحيوانات والسلاح والأثاث والعبيد وما شابهه. كما أنه لا يصح عندهم وقف ما لا ينتفع به إلا باستهلاكه أو لا يدوم الانتفاع به كالمطعوم والمشروب والرياحين المشمومة وأمثالها لسرعة فسادها[1]. وقد أخذ القانون المصري (م٨) بهذا الرأي، فأجاز وقف العقار والمنقول.

وهو قول شيخ الإسلام ابن تيمية حيث جاء في الاختيار: «وأقرب الحدود في الموقوف أنه كل عين تجوز رعايتها»[2].

وللمالكية قولان في وقف المنقول على الذرية أو على قوم بأعيانهم أرجحهما الجواز، أما الوقف على جهة خيرية فجائز اتفاقاً إلا في الرقيق فيكره لرجاء العتق[3].

واستدل الجمهور على قولهم بما يلي:

* ما رواه أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال: (**إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث...**)[4].

---

(١) الذخيرة: القرافي ٦/ ٣١٣؛ الشرح الصغير: الدردير، ٤/ ١٠١-١٠٢، وروضة الطالبين: النووي ٥/ ٣١٤- ٣١٥، والمغني: لابن قدامة، ٦/ ٢٢٧، والمقنع: لابن قدامة ٢/ ٣٠٨- ٣٠٩، والبحر الزخار لمذاهب الآمصار: أحمد بن يحيى المرتضى ٥/ ١٥٢.

(٢) الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية: علي بن محمد البعلي: ص١٧١، وانظر أيضاً مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية: ٣١/ ٢٦٧.

(٣) التاج الأغر في شرح نظم نضار المختصر: مختار الشنقيطي ٤/ ٨٠، والقوانين الفقهية: لابن جزي: ص٣٧٥، ومواهب الجليل والتاج الحطاب ٦/ ٢١، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٤/ ٧٧، والحاوي الكبير: للماوردي ٩/ ٣٧٦، ومغني المحتاج: ٢/ ٣٧٧، والمغني: ٨/ ٢٣١، وكشاف القناع: البهوتي ٤/ ٢٤٣.

(٤) سبق تخريجه، في ص٤٦٩ من هذا الكتاب.

ووجه الدلالة: أن النبي ﷺ جعل مما يستمر أجره بعد الموت الصدقة الجارية، وهي الوقف، وهذا عام، فيشمل بعمومه ما ينتفع به مع بقاء عينه من المنقولات؛ لأن منفعته جارية فيصح وقفه.

* ما رواه أبو هريرة بشأن احتباس خالد بن الوليد أدراعه وأعتده في سبيل الله[١].

قال النووي: «وفيه دليل على صحة الوقف وصحة وقف المنقول» [٢].

* حديث أم معقل[٣].

ووجه الدلالة: أن أبا معقل وقف جمله في سبيل الله، وأقره النبي ﷺ على هذا الوقف ولم ينكره عليه، والجمل منقول، فيدل على جواز وقف سائر المنقولات مما يُنتفع به مع بقاء عينه.

* ما رواه النخعي قال: (كانوا يحبسون الفرس والسلاح في سبيل الله)[٤].

ووجه الدلالة: أن من كان في زمن النخعي من الصحابة والتابعين كانوا يحبسون الخيل والسلاح، وهي منقولة، فدل ذلك على جواز وقف كل منقول ينتفع به مع بقاء عينه.

* أن المنقول مما ينتفع به مع بقاء عينه ويصح الانتفاع به، وبمعنى أوضح أنه يحصل فيه تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة، فصح وقفه كالعقار[٥].

* بالآثار السابقة التي أجازت وقف الكراع والسلاح فيقاس عليها غيرها من المنقولات بجامع الانتفاع في كل مع بقاء عين الشيء المنتفع به.

---

(١) سبق تخريجه، في ص٤٨٠ من هذا الكتاب.

(٢) شرح صحيح مسلم: ٧/ ٥٦.

(٣) سبق تخريجه، ص٤٨٢ من هذا الكتاب.

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه في كتاب البيوع، باب: في الرجل يجعل الشيء حبساً في سبيل الله: ٦/ ٢٥١.

(٥) انظر: المنتقى شرح الموطأ: ٦/ ١٢٢، والحاوي: ٩/ ٣٧٧، والمغني ٨/ ٢٣٢، و الشرح الكبير: الدردير ٣/ ٣٩٣.

الترجيح:

مما تقدم يظهر لي ترجيح الإتجاه الثالث؛ لأنه موف بحكمة الوقف، وفيه تشجيع على الخير، وتوسيع لدائرة البر.

المسألة الثالثة: الوقف النقدي:

من الوسائل المهمة في الوقف ودوره الفاعل في جميع نواحي الحياة مسألة وقف النقود، وهي ليست من المسائل المستجدة، فقد تكلم فيها الفقهاء الأقدمون ولكن باختصار شديد، لعدم انتشاره في العصور الأولى، وقد برز الوقف النقدي في العصر العثماني في العقود الأولى منه(١).

أولاً: تعريف النقد لغة واصطلاحاً:

النقد لغة: خلاف النسيئة، والنقد والتنقاد: تمييز الدراهم وإخراج الزيف منها(٢).

النقد اصطلاحاً: هو العملة من الذهب والفضة(٣)، وعرفه بعضهم بأنه الدراهم والدنانير ونحوها مما جرت العادة أن تقوم مقامها مما اصطلح الناس عليه نقداً، وجمعه نقود(٤).

والنقود هي وسيلة التبادل الاقتصادي، وقد استعملها الإنسان عوض مقايضة السلع التي كانت تعوق تبادل المنتجات على نطاق واسع، وأصبحت النقود تمثل معيار القيمة والأداة العامة للتبادل(٥).

---

(١) انظر: دور الوقف في المجتمعات الإسلامية: د. محمد الأرناؤوط: ص١٤.

(٢) لسان العرب: ٣/ ٤٢٥.

(٣) القاموس الفقهي: سعدي أبو جيب: ص٣٥٨.

(٤) معجم لغة الفقهاء: محمد رواس قلعجي، د. حامد قنيبي: ص٤٨٦.

(٥) استثمار موارد الأوقاف: إدريس خليفة (مجمع الفقه الإسلامي، د١٢، المغرب، رجب ١٤٢٠هـ- نوفمبر ١٩٩٩م): ص٨.

حكم وقف النقود:

وفيها أمران:

الأمر الأول: وقف النقود إذا كانت من الذهب أو الفضة كالدراهم والدنانير:

اقتصر الفقهاء في كلامهم على وقف النقود على وقف الدنانير والدراهم لأن النقود التي كانت يتعامل بها في السابق من الذهب والفضة غالباً. ووقفها لا يخلو من إحدى حالتين: إما أن يكون مع بقاء عينها ولمنفعة غير معتبر شرعاً، أو ألا يكون كذلك.

الحالة الأولى:

وقف النقود مع بقاء العين، بمعنى ألا يُتصرف في عينها، وكان - أي وقفها - لمنفعة غير معتبر شرعاً كوقفها للزينة مثلاً، فلا يقول أحد بجوازه. وقد صرح بذلك المالكية، وذلك لعدم الفائدة الشرعية المترتبة عليه[1].

الحالة الثانية:

وقف النقود مع عدم بقاء العين ولمنفعة مقصودة شرعاً، وذلك بأن تكون لغرض إقراضها للفقراء ورد بدلها، أو دفعها مضاربة والتصدق بالربح، أو نحو ذلك، فهذا اختلف الفقهاء فيه على ثلاثة أقوال:

القول الأول: الجواز مطلقاً.

وهو المشهور من المذهب عند المالكية[2]، ووجه عند الشافعية[3].

---

(١) انظر: الشرح الكبير: الدردير ٤/ ٧٧.

(٢) الفواكه الدواني: النفراوي ٢/ ٢٢٤، والشرح الكبير ٤/ ٧٧، والتاج والإكليل لمختصر خليل بهامش المواهب: محمد بن يوسف العبدري الموفق ٦/ ٢٢، ومنح الجليل شرح مختصر خليل: محمد عليش ٨/ ١١٢.

(٣) انظر: الحاوي الكبير ٩/ ٣٧٩، وحلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء: محمد بن أحمد الشاشي القفال، ٦/ ١١، وروضة الطالبين: النووي ٥/ ٣١٥.

قال عنه في حلية العلماء: «وليس بشيء»[(١)]. وهو قول عند الحنابلة[(٢)].

ومال إليه شيخ الإسلام ابن تيمية[(٣)].

جاء في الاختيارات: «ولو قال الواقف: وقفت هذه الدراهم على قرض المحتاجين لم يكن جواز هذا بعيداً»[(٤)].

استدل أصحاب هذا القول بالسنة والأثر والمعقول:

أولاً: السنة:

قوله ﷺ: **(إذا مات الإنسان انقطع عنه عمله إلا من ثلاثة، صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له)**[(٥)].

وجه الدلالة: الحديث عام في جواز الوقف، ولا يوجد ما يمنع دخول وقف النقود في عموم الصدقة الجارية.

ثانياً: الأثر:

ما روي عن الزهري أنه قال: فيمن جعل ألف دينار في سبيل الله، ودفعها إلى غلام له تاجرٍ يتّجر بها، وجعل ربحه صدقة للمساكين والأقربين، هل للرجل أن يأكل من ربح تلك الألف شيئاً وإن لم يكن جعل ربحها صدقة في المساكين؟ قال: ليس له أن يأكل منها[(٦)].

---

(١) حلية العلماء ٦/ ١١.

(٢) انظر: المغني ٨/ ٢٢٩، والشرح الكبير ٣/ ٣٩٤، والإنصاف للمرداوي، ٧/ ١١، والمبدع لابن مفلح ٥/ ٣١٨.

(٣) انظر: مجموع الفتاوى: ابن تيمية ٣١/ ٢٣٤، والإنصاف ٧/ ١١.

(٤) الاختيارات الفقهية: البعلي: ص١٧١، ونقله في الإنصاف: ٧/ ١١.

(٥) سبق تخرجه في: ص٤٦٩ من هذا الكتاب.

(٦) انظر: فتح القدير: لابن الهمام ٦/ ٢١٧-٢١٩، وحاشية رد المحتار: ابن عابدين ٤/ ٣٦٣-٣٦٤.

قال في الفتح: «هو ذهاب من الزهري إلى جواز مثل ذلك»[(١)].

ولكن هذا أثر تابعي، فلا يصلح للاحتجاج، وقد ذكرته للاستئناس به، ويظهر أن البخاري أراد ذلك حيث عنون للباب الذي ذكره فيه: «باب وقف الدواب والكراع والعروض والصامت»[(٢)]. والصامت: هو النقد من الذهب والفضة[(٣)].

ثالثاً: المعقول:

١- أن جمهور الفقهاء أجازوا وقف المنقولات التي يمكن الإفادة منها مع بقاء عينها، وهذا ينطبق على النقود، لأنها من جملة المنقولات[(٤)].

٢- أن القصد الذي من أجله شرع الوقف متحقق في النقود لوجود الضابط، ولأن فيه نفعاً مباحاً مقصوداً. فالدراهم والدنانير أصل ينتفع به، ويقوم رد بدله منزلة بقاء عينه[(٥)]؛ لأن من طبيعته أنه لا ينتفع به إلا باستهلاكه، فيجعل المبدل به مقامه لمصلحة الوقف، فيجوز وقفها[(٦)].

٣- أنه تجوز إجارة الدراهم والدنانير، فيجوز وقفها[(٧)].

---

(١) انظر: فتح الباري ٥/ ٤٠٥.

(٢) صحيح البخاري: ٣/ ١٩٧.

(٣) فتح الباري: لابن حجر، تصحيح: الشيخ عبد العزيز بن باز ٥/ ٤٠٥.

(٤) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي: علي بن أبي بكر المرغيناني ٣/ ١٦، والشرح الصغير: الدردير ٤/ ١٠١، وروضة الطالبين: النووي ٥/ ٣١٤، والمقنع: لابن قدامة ٢/ ٣٠٨.

(٥) انظر: الشرح الكبير: ٤/ ٧٧.

(٦) انظر: مجموع فتاوى ابن تيمية: ٣١/ ٢٣٤.

(٧) انظر: الحاوي: ٩/ ٣٧٩، وروضة الطالبين: ٥/ ٣١٥، والمغني: ٨/ ٢٢٩، وشرح الزركشي على مختصر الخرقي: الزركشي ٤/ ٢٩٤.

نوقش هذا الدليل من وجهين:

الأول: أن إجارة الأثمان محل خلاف بين الفقهاء، فمنهم من لا يرى جوازها.

الثاني: أن إجارتها – إذا قيل بها – فإنما هي للتحلي ونحوه، لا للاستفادة من أعيانها كالقرض أو المضاربة كما هنا.

القول الثاني: يجوز وقفها إذا تعارف الناس بذلك وتعاملوا به، وإلا فلا.

وبهذا قال محمد بن الحسن وزفر من الحنفية، وعليه الفتوى عندهم، وهو – أي وقف الدراهم والدنانير – متعارف عليه عندهم ومُتعامل به[1].

واستدل أصحاب هذا القول:

بما استدل به محمد بن الحسن في مسألة وقف المنقول إذا كان مما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، قال: ما تعارف الناس وقفه من المنقول فإنه يجوز استحساناً وما لم يتعارف الناس وقفه لا يجوز[2]. وقد كان وقف النقود متعارفاً في الديار الرومية[3] وقد سبق مناقشته.

القول الثالث: لا يجوز مطلقاً.

وبهذا قال أبو حنيفة وتلميذه أبو يوسف[4]، وقول للمالكية[5]، والمذهب عند

---

(١) انظر: فتح القدير: لابن الهمام ٦/ ٢١٧-٢١٩، وحاشية رد المحتار ٤/ ٣٦٣-٣٦٤.

(٢) انظر: رسالة في جواز وقف النقود: لأبي السعود محمد العمادي: ص٢٦، والهداية: المرغيناني ٣/ ١٦.

(٣) انظر: حاشية رد المحتار: ٤/ ٣٦٣.

(٤) انظر: فتح القدير: لابن الهمام ٦/ ٢١٧-٢١٩، وحاشية رد المحتار: ٤/ ٣٦٣-٣٦٤.

(٥) انظر: الشرح الكبير: ٤/ ٧٧، والتاج والإكليل: العبدري ٦/ ٢٢، وشرح الخرشي على مختصر خليل: ٧/ ٨٠؛ ومنح الجليل: عليش ٨/ ١١٢.

الشافعية[(١)]، وعند الحنابلة[(٢)]، قال في المغني: «في قول عامة أهل العلم»[(٣)].

قال ابن الهمام: «وأما وقف ما لا ينتفع به إلا بالإتلاف كالذهب والفضة والمأكول والمشروب غير جائز في قول عامة الفقهاء، والمراد بالذهب والفضة الدراهم والدنانير وما ليس بحلي»[(٤)].

وذكر الخرشي في حاشيته في جواز وقف الدراهم: «وقال ابن الحاجب وابن شاس لا يجوز»[(٥)].

وقال القليوبي[(٦)]: «فلا يصح وقف آلة لهو ولا دراهم غير معراة، وكونه مقصوداً فلا يصح وقف دراهم معراة للزينة سواء نقشها أو ما يحصل منها بنحو تجارة..»[(٧)].

---

(١) انظر: الحاوي الكبير: ٩/ ٣٧٩، وحلية العلماء: ٦/ ١١، وروضة الطالبين ٥/ ٣١٥، ومغني المحتاج: ٢/ ٣٧٧.

(٢) انظر: الوقوف من مسائل أحمد بن حنبل: أحمد بن محمد الخلال ٢/ ٥٢٣، والمغني: ٨/ ٢٢٩؛ وشرح الزركشي ٤/ ٢٩٢-٢٩٣، والإنصاف: ٧/ ١١، والمبدع: لابن مفلح ٥/ ٣١٨، وكشاف القناع: ٤/ ٢٤٤.

(٣) المغني: ٨/ ٢٢٩.

(٤) انظر: شرح فتح القدير: لابن همام ٦/ ٢١٨.

(٥) انظر: الخرشي على خليل: محمد الخرشي المالكي ٧/ ٨٠.

(٦) هو: أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي الشافعي، شهاب الدين أبو العباس (ت ١٠٦٩هـ-١٦٥٨م)، عالم مشارك في كثير من العلوم، توفي في أواخر شوال، من مؤلفاته: "البدورة المنورة في معرفة الأحاديث المشتهرة"، و"حاشية على شرح ابن قاسم الغزي". انظر: الأعلام للزركلي ١/ ٨٨، ومعجم المؤلفين لكحالة ١/ ١٤٨.

(٧) انظر: حاشية القليوبي على شرح المحلى: للقليوبي ٣/ ٩.

وفي المبدع: «ولا يصح وقف ما لا ينتفع به مع بقائه دائماً كالأثمان وهي الدراهم والدنانير»[(١)].

وقال الزركشي: «... ولا ما لا يذهب بالانتفاع به كالمأكول والمشروب والشموع والدراهم والدنانير»[(٢)]. أي لا يجوز وقفها.

واستدل أصحاب هذا القول بالآتي:

١ - أن الوقف هو تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة، والدراهم والدنانير لا يُنتفع بها إلا بذهاب أصلها واستهلاكه،وهذا غير متحقق في النقود لأنها مستهلكة[(٣)]. فلا يصح وقفها، كطعام ونحوه[(٤)].

ونوقش هذا الدليل: بما يلي:

(أ) أن النقود لا تتعين بالتعيين، فهي وإن كانت لا ينتفع بها مع بقاء عينها، لكن بدلها قائم مقامها لعدم تعيينها فكأنها باقية[(٥)].

(ب) أن النقود مثلية فيرد بدلها ورد البدل جائز كما هو معلوم في الوقف في حالة الاستبدال وفي حالة التعدي على العين الموقوفة بالغصب والإتلاف، وإذا لم نقل إن النقود لا تستهلك استهلاك الشمع والمطعوم والمشروب وغيرها مما يقرنه الفقهاء بها، وإنما تنتقل

---

(١) انظر: المبدع في شرح المقنع: ٥/ ٣١٧.

(٢) انظر: شرح الزركشي على مختصر الخرقي: محمد عبد الله الزركشي ٤/ ٢٩٣.

(٣) المغني: لابن قدامة ٦/ ٢٣٥، وراجع أيضاً: كشاف القناع على متن الإقناع: منصور البهوتي ٤/ ٢٤٤، وشرح منتهى الإرادات: للبهوتي ٢/ ٤٩٢.

(٤) انظر: فتح القدير ٦/ ٢١٧-٢١٨، وشرح الخرشي ٧/ ٨٠، والحاوي ٩/ ٣٧٩، والمغني ٨/ ٢٢٩، والمبدع ٥/ ٣١٨، وكشاف القناع ٤/ ٢٤٤.

(٥) انظر: حاشية رد المحتار: ٤/ ٣٦٣.

- بحسب وظيفتها - من يد إلى يد، ومن مكان إلى آخر مع ثبات وضمان قيمتها في كل الأحوال بحسب ما هو متعارف عليه اقتصادياً اليوم[١].

(جـ) بما تضمنه الدليل الأول من الأدلة العقلية لأصحاب القول الأول من أن رد البدل ينزل منزلة بقاء العين لمصلحة الوقف[٢]، فلا تكون في حكم المستهلك، وتفارق الطعام ونحوه فإنه لا بدل له.

(د) أن الإفادة من النقود لا تكون باستهلاكها حقيقة كما تستهلك السلع الأخرى، وإنما باستعمال قوتها التبادلية وتقويمها المالي للسلع والخدمات، وهي في حد ذاتها لا منفعة فيها ولا تشبع حاجة من أكل أو شرب أو لباس أو غير ذلك[٣].

٢- أن وقف الدراهم والدنانير لمنفعة الإقراض والمضاربة ونحوهما وقف لها على غير المنفعة المقصودة التي خلقت لها الأثمان، ولهذا لا تضمن في الغصب، فلا يجوز وقفها لذلك، كوقف الشجر على نشر الثياب، والغنم على دوس الطيب، والشمع ليُتَجمل به[٤].

ونوقش هذا الدليل: بأنها وإن لم تكن المنفعة المقصودة لكنها منفعة يتحقق بها غرض الواقف من نفع الغير وبذل المعروف، وأما عدم ضمانها في حال الغصب فإنه لا يمنع بذلها على وجه القربة.

---

(١) انظر: رسالة في جواز وقف النقود: العمادي: ص٢٧.

(٢) انظر: شرح الخرشي ٧/ ٨٠؛ وبلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك: أحمد بن محمد الصاوي ٢/ ١٩٨، ومجموع الفتاوى ٣١/ ٢٣٤.

(٣) انظر: استثمار الأوقاف في الفقه الإسلامي: د/ محمود أحمد أبو ليل (مجمع الفقه الإسلامي، د١٣، الكويت، شوال ١٤٢٢هـ- ديسمبر ٢٠٠١م) ص١٠.

(٤) انظر: المغني ٨/ ٢٢٩-٢٣٠؛ والمبدع ٥/ ٣١٨.

٣- القول: إن النقود خلقت لتكون أثماناً ولم تخلق لتقصد منافعها لذاتها، وهذا القول وإن كان صحيحاً في الجملة، غير أنه مردود بأن وقف النقود لا يعني إخراجها عن وظيفتها المقررة وهي الثمنية، وإنما هو إعمال لتلك الثمنية إذ لولا تلك الثمنية لما وقفت، لأن ثمنيتها هي التي تتيح لها الدخول في المضاربة، والربح الناتج يكون للموقوف عليهم فكأنما وقفها أساساً كان لثمنيتها، أما الربح والمنفعة فهو عائد العمل والجهد الذي يرتكز على تلك الثمنية. أما إذا أقرضت فالأمر واضح لأن المقترض سوف يستخدمها كثمن يدفع به عن نفسه غائلة الحاجة ثم يعيدها مرة أخرى[١].

٤- أنه لم يحصل في زمن الرسول والخلافة الراشدة وقف النقود، وإنما الذي حصل كان وقفاً للأصول الثابتة من أراضي وعقارات[٢].

ونوقش هذا الدليل، بأنه وإن كان هو الغالب، إلا فهناك وقف خالد لأدرعه وعتاده، وهي الأموال المنقولة، وقد أقره الرسول ﷺ والنقد نوع من الأموال المنقولة[٣].

الترجيح:

مما سبق يترجح عندي أن القول الأول القائل بجواز وقف الدراهم والدنانير مع عدم بقاء عينها ولمنفعة مقصودة شرعاً كإقراضها مطلقاً؛ لقوة بعض أدلته وخاصة الدليل العقلي الأول، ولتحقق غرض الواقف والشارع ومصلحة الموقوف عليه في ذلك بالانتفاع المستمر، ولأن في القول بذلك توسعة لأوجه الوقف، وفتحاً لأبواب الخير.

---

(١) انظر: استثمار موارد الأوقاف: د. خليفة با بكر الحسن (مجمع الفقه الإسلامي، د١٢، المغرب، رجب ١٤٢٠هـ- نوفمبر ١٩٩٩م): ص٢٧.

(٢) الوقف النقدي: د/ شوقي أحمد دنيا (مجمع الفقه الإسلامي، د١٣، الكويت، شوال ١٤٢٢هـ- ديسمبر ٢٠٠١م): ص١٠.

(٣) المرجع السابق.

الأمر الثاني: وقف النقود إذا كانت من غير الذهب والفضة:

النقود لا يلزم أن تكون من الذهب أو الفضة، فقد تكون من غيرهما من المعادن أو من الورق كما هو في وقتنا الحاضر، فتكون قيمتها – في الغالب – اعتبارية، وليست في ذاتها كما لو كانت من الذهب أو الفضة.

وبالنظر في كلام الفقهاء على ما كان من الذهب والفضة وهي الدراهم والدنانير، كما سبق توضيحه، وجدنا أكثره ينطبق على النقود عموماً، وبناء عليه يجري فيها الخلاف السابق.

وقد علل من قال بالجواز بأن النقود أصل ينتفع به، ويقوم رد بدلها منزلة بقاء عينها؛ لأن من طبيعتها أنه لا ينتفع بها إلا باستهلاكها، فيجعل المبدل بها قائماً مقامها لمصلحة الوقف، فيجوز وقفها.

وهذا ينطبق على ما كان من الذهب والفضة، وما كان من غيرهما، وهو أقوى الأدلة على الجواز.

فيكون الراجح هنا ما ترجح في الأمر السابق وهو الجواز؛ لهذا الدليل، ولما ذكر في الترجيح هناك، وذلك بالشروط المعتبرة شرعاً كما قررها الفقهاء المجيزون استحساناً[1].

ولأن المصلحة تقتضي الانتقال عن الأصل المعروف في أن الوقف إنما يكون عقاراً أو منقولاً لا يتضمن الانتفاع به استهلاك عينه عند الجمهور، إلا إن أصبح الوقف أموالاً سائلة تتناولها الأيدي وتتداولها الذمم[2]، كما أن وقف النقود في عصرنا أصبح أكثر

---

(١) انظر: الفقه الإسلامي وأدلته: د. وهبة الزحيلي: ٨/ ١٨٥ وما بعدها. جاء فيه ما نصه: «ويجوز استحساناً وقف ما جرت العادة بوقفه – استثناء من وقف المنقول مقصوداً – كوقف الكتب وأدوات الجنازة ووقف المرجل لتسخين الماء ووقف المَرّ – أي المسحاة التي يحفر بها – والقدوم في الماضي لحفر القبور لتعامل الناس به، وما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن».

(٢) انظر: أثر المصلحة في الوقف: د. عبد الله بن الشيخ محفوظ بن بيه: ص١٨.

فائدة من الأرباح التي تحققها العقارات في كثير من الأحيان، والقول بعدم الجواز فيه ضيق وحرج على المسلمين.

أهمية الوقف النقدي:

للوقف النقدي أهمية كبيرة تتمثل في أنه أكثر قابلية من غيره لقيام الوقف المشترك أو الوقف الجماعي، وهو في الوقت الحاضر أكثر ملائمة من الوقف الفردي، كما أنه أكثر أهمية منه لعظم ما يوفره من موارد وأموال وقفية تمكن من إقامة المشروعات الاقتصادية والاجتماعية الكبيرة.

أن إمكاناته من حيث تنوع وتعدد طرق وأساليب ومجالات استثماره وتزايد عائده متسعة.

أن تأثيره التنموي قد يكون أقوى من غيره من حيث إسهاماته في الأنشطة الإنتاجية المختلفة في مرحلة استثماره، حيث من المتاح أمامه أنه يدخل ممولاً ومستثمراً في كل تلك الأنشطة.

يمكن توظيف النقود في الوقف في مجال القرض الحسن الذي يساعد على تخفيف المعاناة على من يحتاجون مثلاً لتكاليف الزواج أو السكن و غير ذلك من متطلبات الحياة التي تدهم الناس من غير أن يكون لهم استعداد مسبق ومحسوب لتحمل تبعاتها. كما يمكن توظيفه في مجال الاستثمار عن طريق المضاربة أو المشاركة أو غير ذلك من طرق الاستثمار المشروعة، وتشارك النقود في هذا المجال الأسهم والسندات التي تكون بحسب طبيعتها موظفة في مشروعات استثمارية، على أن يؤول الربح في كل الأحوال للجهة الموقوف عليها(١).



---

(١) أثر الاجتهاد في تطور أحكام الوقف: د/ محمود أحمد أبو ليل (ندوة الوقف الإسلامي، نظمتها كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، دولة الإمارات، ديسمبر ١٩٩٧م) ص١٧.

المبحث الثاني
أثر المصلحة المرسلة في الهِبة

وفيه مطلبان:

المطلب الأول
تعريف الهبة لغة واصطلاحاً

الهبة في اللغة:

مصدر (وَهَبَ)، و(وَهَبَ) له الشيء – (يَهَبُه) وَهْباً، ووَهَباً، وهِبَةً: أعطاه إياه بلا عِوَض. و(تهَبَ): قبل الهبة، و(تَوَاهَبَ) القوم: وهبَ بعضهم لبعض. والهبة العطية الخالية من الأَعْواض والأَغْراض.. ورجلٌ (وَهَّابٌ) و(وَهّابة) كثير الهِبَة[١]. والوهاب من صفات الله ﷻ.

وقد ورد معنى الهبة في القرآن الكريم، قال ﷻ: ﴿يَهَبُ لِمَن يَشَآءُ إِنَٰثًا وَيَهَبُ لِمَن يَشَآءُ ٱلذُّكُورَ﴾[٢].

الهبة في الاصطلاح:

تمليك العين بلا عوض[٣] وهي الهدية والعطية والمنحة بلا عوض.

وعُرِفت بأنها: عقد يفيد التمليك بلا عوض حال الحياة تطوعاً[٤]، وعرفها الحنابلة[٥] بأنها: تمليك جائز التصرف مالاً معلوماً أو مجهولاً تعذر علمه[٦]، موجوداً، مقدوراً على تسليمه، غير واجب، في الحياة، بلا عوض، بما يعد هبة عرفاً من لفظ هبة وتمليك ونحوهما.

---

(١) المعجم الوسيط: مجمع اللغة العربية ٢/ ١٠٥٩، ومختار الصحاح: ص٧٣٧.

(٢) سورة الشورى، الآية [٤٩].

(٣) المعجم الوسيط ٢/ ١٠٥٩

(٤) مغني المحتاج: ٢/ ٣٩٦، والمغني: ٥/ ٥٩١، وفتح القدير: ابن الهمام ٧/ ١١٣، وحاشية رد المحتار: ٤/ ٥٣٠.

(٥) غاية المنتهى: مرعي بن يوسف ٢/ ٣٢٨، وكشاف القناع: ٤/ ٣٢٩.

(٦) بأن اختلط مال اثنين على وجه لا يتميز، فوهب أحدهما الآخر ماله.

مشروعية الهبة:

الهبة جائزة شرعاً ومندوب إليها، وثبت جوازها بالكتاب والسنة النبوية.

أما الكتاب:

قوله ﷻ: **﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا﴾**(١). فإن هذا يجري مجرى الترغيب في أكل المهر، وإباحة الأكل بطريق الهبة دليل جواز الهبة.

وقوله ﷻ: **﴿وَءَاتَى ٱلْمَالَ عَلَىٰ حُبِّهِۦ ذَوِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَـٰمَىٰ وَٱلْمَسَـٰكِينَ وَٱبْنَ ٱلسَّبِيلِ﴾**(٢).

أما السنة:

فقد حض الإسلام على المهاداة، وأمر بها رسول الله ﷺ وبين أنها من أسباب دوام المودة واستمرارها. لقوله ﷺ: **(تهادوا تحابوا)**(٣)، وقوله ﷺ: **(لا تحقرن جارة أن**

---

(١) سورة النساء، الآية [٤].

(٢) سورة البقرة، الآية [١٧٧].

(٣) رواه البيهقي في السنن الكبرى ٦/ ١٦٩، كتاب: الهبات، باب: التحريض على الهبة والهدية صلة بين الناس، رقم ١١٧٢٦، ورقم ١١٧٢٧، وأخرجه أصحاب الكتب المشهورة عن أبي هريرة وعبد الله ابن عمرو، وعبدالله بن عمر، وعائشة رضي الله عنهم، وروي مرسلاً، فحديث أبي هريرة رواه البخاري في الأدب المفرد وأبو يعلي والنسائي والبيهقي وابن عدي، وقال ابن حجر: إسناده حسن، وذلك لكثرة شواهده، وإن كان في رواته مقال. وحديث ابن عمرو رواه الحاكم. وحديث ابن عمر رواه القاسم الأصبهاني في الترغيب والترهيب، وحديث عائشة رواه الطبراني في الأوسط. وأما الحديث المرسل: فرواه مالك في الموطأ عن عطاء الخرساني. راجع: نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية: لعبدالله الزيلعي الحنفي ٤/ ١٢٠.

تهدي لجارتها ولو فِرْسن[١] شاة)[٢].

المطلب الثاني
مسألتان في الهبة وبيان أثر المصلحة المرسلة في مشروعيتها

المسألة الأولى: التبرع بالأعضاء

يقصد بزراعة أو غرس الأعضاء: نقل عضو سليم أو مجموعة من الأنسجة من متبرع إلى مستقبل ليقوم مقام العضو أو النسيج التالف[٣]. وتحدث الفقهاء منذ أزمنة عن وصل العظام بعظم إنسان ميت أو عظم حيوان طاهر أو نجس. ومثال ذلك ما ذكره النووي، قال: «ولو وصل عظمه بنجس لفقد الطاهر فمعذور وإلا وجب نزعه»[٤].

وتحدثوا أيضاً في موضوع الغرس (الزرع) الذاتي، فيذكر الدكتور فيض الله «إن الإمام النووي قرر في هذه المسألة وجهين: أحدهما لأبي إسحاق وقد استجازه، لأنه إحياء نفس بعضو، فجاز، كما يجوز أن يقطع عضواً إذا وقعت فيه الأكلة وذلك إحياء لنفسه، والآخر لا يجوز، لأنه إذا قطع عضواً منه كانت المخافة عليه أكثر»[٥].

وتُعد نقل وزراعة الأعضاء من المهمات الجراحية الحديثة، التي طرأت في العصر الحاضر. وهذه المهمة تشتمل على ثلاث مراحل، وهي:

---

(١) فرسن: بكسر الفاء والمهملة بينهما راء ساكنة وآخره نون، هو: عظيم قليل اللحم وهو للبعير موضع الحافر للفرس ويطلق على الشاة مجازا.

(٢) رواه البخاري في صحيحه ٢/ ٩٠٧، كتاب: الهبة، باب: فضلها والتحريض عليها، رقم ٢٤٢٧، ومسلم في صحيحه ٢/ ٧١٤، كتاب: الزكاة، باب: الحث على الصدقة ولو بالقليل..، رقم ١٠٣٠.

(٣) انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حياً أو ميتاً: د. محمد علي البار (جدة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع٤، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م): ١/ ٩٧.

(٤) مغني المحتاج على متن منهاج الطالبين: ١/ ١٩٠.

(٥) التصرف في أعضاء الإنسان: د. محمد فوزي فيض الله (مجلة الوعي الإسلامي، ع٢٧٦، ذو الحجة ١٤٠٧هـ، اغسطس ١٩٨٧م).

الأولى: أخذ العضو من الشخص المتبرع.

الثانية: بتر نظيره، وتهيئة أطرافه في الشخص المنقول إليه.

الثالثة: وضع العضو المنقول في موضعه المهيأ له في الشخص المنقول إليه.

ولا يخلو المنقول منه العضو من إحدى صورتين: الأولى: أن يكون إنساناً، سواء أكان حياً أو ميتاً، والثانية: أن يكون حيواناً، سواء أكان حياً أو ميتاً.

نقل الأعضاء من إنسان حي إلى إنسان حي:

وتشتمل هذه الصورة من النقل والزراعة على ضربين:

الضرب الأول: أن يكون النقل والزرع من الإنسان الحي إلى نفسه:

لا تخلو الحاجة الداعية إلى النقل والزرع من حالتين:

الأولى: أن تكون حاجية. وهي أن يكون ما يحتاج إليه في نفسه للتصحيح والتعويض، كما يحدث عقب الحروق والحوادث التي قد تبتر عضواً أو تحدث به منظراً غير مألوف -كالأذن أو الأنف- أو قد يولد الإنسان بهذه الكيفية ويمكن إصلاح هذا العيب عن طريق الجراحة[1].

وهذا النوع من الجراحات التصحيحية جائزة شرعاً، إذا غلب على ظن الطبيب الجراح وجود النفع بشرط عدم وجود البديل، الذي يمكن بواسطته تحقيق الهدف المنشود دون ضرر أعظم من الجراحة.

والحكم بالجواز مبني على القياس، لأنه إذا جاز قطع العضو المتآكل وبتره لإنقاذ النفس ودفع الضرر عنها، فلأن يجوز أخذ جزء منه ونقله لموضع آخر لإنقاذ النفس أو دفع الضرر فيها أولى. وهكذا طرداً لقاعدة التداوي: «الجواز» في إطار شروط التداوي العامة.

---

(١) زرع الجلد الحي: عبد الرحمن الحريتاني (مقال بمجلة الفيصل، ع١١٦، س١١، ١٤٠٧هـ) ص٧٦، ٧٧؛ وانتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر: د. حسن علي الشاذلي (بحث في مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة، ع٤، ١٤١٨هـ-١٩٨٨م): ١/ ٢٦٧.

وبناء عليه، يمكن القول إن هذا النوع من الجراحة يندرج تحت ما حكم الفقهاء المتقدمون باعتباره وجوازه من بتر الأعضاء المحتاج لبترها[١] ومخرجاً عليه.

والثانية: أن تكون ضرورية: بأن يكون ما يحتاج إليه من نفسه تتوقف عليه حياته، مثل أن يشتد به الجوع ولا يجد ما يأكله، فيلجأ إلى قطع جزء من نفسه ليأكله فتمتد به حياته بعض الوقت إلى أن يجد مخرجاً من حالة الاضطرار. ومثل ما يجري في جراحات القلب والأوعية الدموية؛ حيث يحتاج إلى استخدام طعم وريدي أو شرياني لعلاج انسداد أو تمزق في الشرايين، أو الأوردة، ويكون إنقاذ المريض من الهلاك بسبب هذا الانسداد أو التمزق[٢]. وفيما يلي بعض النصوص الفقهية:

الحنفية:

يرون أنه لا يجوز أن يقطع الإنسان جزءاً من بدنه في حالة اضطراره.

قال محمد بن الحسن: «ولا بأس بالتداوي بالعظم إذا كان عظم شاة أو بقرة أو بعير أو فرس، أو غيره من الدواب إلا عظم الخنزير والآدمي فإنه لا يمكن التداوي بهما، ولا فرق بين أن يكون ذكياً أو ميتاً أو رطباً أو يابساً»[٣].

الشافعية:

أجاز الشافعية انتفاع المضطر بجزء من بدنه - على الأصح - بشرط عدم وجود غير هذا السبيل، وأن يكون الخوف في قطع هذا الجزء أقل من الخوف في ترك الأكل، فإن كان مثله أو أكثر حَرُمَا جزماً.

---

(١) التشريح الجثماني والنقل والتعويض الإنساني: د. بكر أبو زيد(٢١) (من بحوث مجمع الفقه الإسلامي بمكة).

(٢) جراحة القلب والأوعية الدموية: د. سامي القباني: ص٧٧-٧٨.

(٣) الفتاوى الهندية: مجموعة من علماء الهند: ٥/ ٣٥٤.

جاء في مغني المحتاج: (والأصح) حيث لم يجد المضطر شيئاً يأكله (تحريم قطع بعضه) كجزء من فخذه (لأكله) لأنه قد يتولد منه الهلاك. قلت: أخذا من الرافعي في الشرح (الأصح جوازه) لأنه إتلاف بعضه لاستبقاء كله، فأشبه قطع اليد بسبب الأكلة[١].

الحنابلة:

جاء في المغني: فإن لم يجد المضطر شيئاً لم يسمح له أكل بعض أعضائه. وقال بعض أصحاب الشافعي: له ذلك، لأن له أن يحفظ الجملة بقطع عضو، كما لو وقعت فيه الأكلة.

ولنا (الحنابلة) أن أكله من نفسه ربما قتله، فيكون قاتلاً نفسه، ولا يتيقن حصول البقاء بأكله، أما قطع الأكلة فإنه يخاف الهلاك بذلك العضو، فأبيح له إبعاده ودفع ضرره المتوجه منه بتركه، كما أبيح قتل الصائل عليه، ولم يكن له قتله ليأكله[٢].

الترجيح:

مما تقدم من أقوال المجيزين والمانعين، أرجح رأي المجيزين، لما يأتي:

١- أن ما قطع منه ليعود إليه يجوز قياساً على من قطع منه عضو ثم أعيد إليه، لأنه إعادة جزء نفسه إلى نفسه، وهذا إكمال للنفس وإعادتها على حالتها الطبيعية.

٢- أن الرسول أمرنا بالتداوي، فإذا قرر الطبيب المسلم الحاذق ذلك، جاز أن يؤخذ من الجسم ويرد إليه إنقاذاً لحياته ودفعاً للضرر عنه.

الضرب الثاني: أن يكون النقل والزرع من الإنسان إلى غيره.

في هذا النوع لا يخلو الشخص المنقول منه إما أن يكون حياً أو يكون ميتاً؛ وتشتمل على صورتين:

---

(١) مغني المحتاج: الشربيني: ٤/ ٣١٠.

(٢) المغني مع الشرح الكبير: ابن قدامة: ١١/ ٧٩.

الأولى: أن يكون النقل والزراعة من إنسان حي إلى مثله.

الثانية: أن يكون النقل والزراعة من إنسان ميت إلى حي.

حكم النقل والزرع من إنسان حي إلى مثله:

قال الفقهاء الذين كتبوا في هذا الموضوع بجواز التبرع بالأعضاء بشرط أن لا يؤدي ذلك إلى ضرر بالغ بالمتبرع. واعتبروا ذلك من الإيثار الذي حث عليه الإسلام. ولا تخلو الأعضاء المراد نقلها من الإنسان الحي إلى مثله، إما أن تكون فردية في الجسم، وإما تكون على خلاف ذلك، بأن يوجد بديل عنها يقوم بالمهمة بدلها، أو لا يوجد بديل عنها.

أولاً: حكم نقل الأعضاء الفردية:

وهي الأعضاء الضرورية لبقاء الحياة والتي يؤدي أخذها من الشخص المنقولة منه إلى وفاته، مثل القلب. فيحرم على الإنسان أن يتبرع بها ما دامت الحياة سائرة فيه، حتى ولو كان الشخص الآخر مهدداً بالوفاة، إذا لم يتم إسعافه بذلك العضو الفردي، ويستدل على ذلك بالأدلة الآتية:

قوله تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾[1].

وجه الدلالة: أن الله تعالى حرم على الإنسان أن يتعاطى ما يوجب هلاكه، والآية تدل على حرمة قتل الإنسان لنفسه، ويدخل في ذلك الإذن والتبرع بنقل الأعضاء التي يؤدي أخذها من الإنسان إلى موته؛ لأنه سبب مُفضٍ إلى قتل النفس وهلاكها.

وقد أشار بعض العلماء الذين أجازوا نقل الأعضاء الآدمية والتبرع بها إلى استثناء هذا النوع من النقل، فقالوا بحرمته؛ وذلك لما يتضمنه من إهلاك النفس المحرمة بغير حق[2].

---

(١) سورة البقرة، الآية [١٩٥].

(٢) انظر: التشريح الجثماني والنقل والتعويض الإنساني: د. بكر أبو زيد: (٢٢) (من بحوث مجمع الفقه الإسلامي بمكة).

ثانياً: حكم نقل الأعضاء غير الفردية التي لا يؤدي نقلها إلى وفاة المتبرع:

وهي الأعضاء التي يوجد بديل عنها يقوم بالمهمة بدلها، ولا يؤدي أخذها إلى وفاة المنقولة منه غالباً، مثل الكلية، والخصية، أو لا يوجد بديل عنها، ولكن لا يؤدي أخذها إلى وفاة المنقولة منه، وذلك مثل نقل غريسة الجلد من شخص لآخر، حيث يحتاج المحروق مثلاً لقطعة من الجلد تؤخذ من الحي ثم تزرع في الموضع المناسب من جسده، ويقوم جسد المتبرع بتعويض ما أخذ منه، بقدرة الله تعالى[١].

اختلف العلماء المعاصرون في حكم نقل هذه الأعضاء، على قولين:

القول الأول: لا يجوز نقل الأعضاء الآدمية.

وقال به بعض العلماء[٢]، واستدل أصحاب هذا القول من الكتاب والسنة والعقل، والقواعد الفقهية، وأقوال بعض الفقهاء المتقدمين:

أولاً: الكتاب:

١ - قوله تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا۟ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى ٱلتَّهْلُكَةِ﴾[٣].

وجه الدلالة: أن الله تعالى نهانا أن نلقي بأنفسنا في مواطن الهلكة، وإقدام الشخص على التبرع بجزء من جسده هو في الواقع سعي لإهلاك نفسه في سبيل إحياء غيره، وليس ذلك

---

(١) غرس الأعضاء: د. الصافي: ص١٢٥، ١٢٦.

(٢) انظر: الإنسان لا يملك جسده فكيف يتبرع بأجزائه أو بيعها؟: الشيخ محمد متولي الشعراوي، مقال في جريدة اللواء الإسلامي، ع٢٢٦، ٢٧/ ٦/ ١٤٠٧هـ)؛ وقضايا فقهية معاصرة: محمد برهان الدين السنبهلي (دمشق، دار القلم، ط١، ١٤٠٨هـ): ص٦٧، وانتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حياً أو ميتاً: د. الشاذلي (بحث في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع٤، ج١، ١٤٠٨هـ- ١٩٨٨م).

(٣) سورة البقرة، الآية [١٩٥].

مطلوباً منه...، ولفظ التهلكة لفظ عام يشمل كل ما يؤدي إليها، والعبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب على حد ما ذكره علماء الأصول.

ونوقش هذا الدليل: بعدم التسليم بالاحتجاج به؛ لكونه خارجاً عن موضع النزاع؛ لاشتراط المجيزين ألا تكون حياة المتبرع مهددة بالهلاك، وإطلاق القول بأن التبرع في حال الحياة يؤدي إلى الهلاك لا يقبل إلا بشهادة أهل الخبرة من الأطباء، وهم لا يقولون ذلك.

وبقلب الاستدلال به، وذلك بامتناع الشخص عن قبول تبرع الآخرين له بالعضو الذي تتوقف نجاته – بإذن الله تعالى – على نقله إليه يُعد ملقياً بنفسه إلى الهلاك، فيحرم عليه الامتناع عن هذا الوجه، ومن ثم تكون موافقته على نقله مشروعة.

٢- قوله تعالى: ﴿وَلَآمُرَنَّهُمْ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ ٱللَّهِ﴾[(١)].

وجه الدلالة: أن نقل الأعضاء فيه تغيير في خلق الله، فهو داخل في عموم هذه الآية، ويعتبر من المحرمات لذلك[(٢)].

ونوقش هذا الدليل: بأن نقل الأعضاء خارج عن هذه الآية؛ لأنه مبني على وجود الضرورة والحاجة الداعية إلى فعله، والآية إنما يقصد منها ما كان على وجه العبث دون وجود ضرورة أو حاجة داعية؛ كما في الجراحة التجميلية الحاجية.

ثانياً: السنة:

١- حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: (لما هاجر النبي ﷺ إلى المدينة هاجر إليه الطفيل بن عمرو، وهاجر معه رجل من قومه فاجتووا المدينة فمرض فجزع، فأخذ

---

(١) سورة النساء، الآية [١١٩].

(٢) الامتناع والاستقصاء: حسن بن علي السقاف (الأردن، المطابع التعاونية، ط١، ١٤٠٩هـ) ص١٥، ١٦.

مشاقص فقطع بها براجمه فشخبت[١] يداه حتى مات، فرآه الطفيل بن عمرو في منامه، وهيئته حسنة، ورآه مغطيًا يديه، فقال له: ما صنع بك؟ قال: غفر لي بهجرتي إلى نبيه، فقال: مالي أراك مغطيًّا يديك؟ قال لي: لن نصلح منك ما أفسدت، فقصها الطفيل على رسول الله فقال رسول الله ﷺ: (اللهم وليديه فاغفر)[٢].

وجه الدلالة: أفاد الحديث أن من تصرف في عضو منه بتبرع أو غيره، فإنه يبعث يوم القيامة ناقصاً منه ذلك العضو عقوبة له؛ لأن قوله «لن نصلح منك ما أفسدت» لا يتعلق بقتل النفس وإنما يتعلق بجرح براجمه وتقطيعها[٣].

نُوقش هذا الدليل: بأن هذا الحديث يتعين أن يكون من أقوى الأدلة الدالة على تحريم نقل الأعضاء، لكن يجاب عنه بأن قطع الرجل براجمه للتخلص من الآلام، وهي مصلحة لا تبلغ مرتبة الضروريات، بل هي في مرتبة الحاجيات، ومن ثم فإنه لا يصح دليلاً على منع نقل القرنية، والجلد ونحوها من الأعضاء التي يقصد من نقلها تحقيق مصلحة حاجية.

وأن غاية ما دل عليه الحديث: تعذيب من أقدم على القطع والبتر لأعضائه، وهذا أمر كائن للكافر في كلتا الحالتين تبرع أم لم يتبرع، فلا حرج في أخذ أعضائه، ويرخص للمسلم؛ لمكان الحاجة والضرورة.

٢- أحاديث النهي عن المثلة، ومنها حديث بريدة رضي الله عنه قال: (كان رسول الله ﷺ إذا أمر أميراً على جيش أو سرية أوصاه في خاصته بتقوى الله، ومن معه من المسلمين

---

(١) المشقص: السهم الذي فيه نصل عريض، والبراجم رؤوس السلاميات من ظهر الكف، ومعنى تشخبت يداه: أي جرى دمها، انظر: المصباح المنير: ص٤٢، وص ٣٠٦، وص٣١٩.

(٢) رواه مسلم في صحيحه ١/ ١٠٨، كتاب: الإيمان، باب: الدليل على أن قاتل نفسه لا يكفر، رقم ١١٦.

(٣) الامتناع والاستقصاء: السقاف: ص٩٢٠.

خيراً، ثم قال: (**اغزوا باسم الله في سبيل الله، قاتلوا من كفر بالله، اغزوا ولا تقلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا...**)[١].

وجه الدلالة: أن الحديث دل على حرمة التمثيل، وأن التمثيل لا يختص تحريمه بالحيوان، وبتغيير خلقة الإنسان على وجه العبث والانتقام، بل هو شامل لقطع أي جزء أو عضو من الآدمي أو الحيوان أو جرحه حياً أو ميتاً لغير مرض[٢].

نوقش هذا الدليل: بأنه يجاب عنه من وجهين: الأول: أن مفسدة التمثيل معارضة لمفسدة هلاك المريض المحتاج للعضو؛ فوجب اعتبار المفسدة العليا وهي مفسدة هلاك المريض، ومن ثم لم يلتفت إلى ما هو دونها للقاعدة الشرعية: «إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما»[٣].

وأنه إذا سقط باعتبار مفسدة التمثيل في التشريح لمكان المصلحة الراجحة؛ فلأن يسقط اعتبارها في نقل الأعضاء أولى وأحرى[٤].

---

(١) رواه النسائي في السنن الكبرى، ٥/ ٢٤١، رقم ٨٧٨٢، واللفظ له، ورواه الإمام مالك في موطأه ٢/ ٤٤٨، كتاب الجهاد، باب: النهي عن قتل النساء والولدان في الغزو، رقم ٩٦٦، وقال أخرجه مسلم موصول في: ٣٢- كتاب الجهاد والسير، ٢- باب تأمير الإمام والأمراء على البعوث، وأحمد في مسنده ٤/ ٢٤٠.

ورواه الترمذي في السير، باب ما جاء في وصيته ﷺ في القتال ٤/ ١٦٢ وقال: «حسن صحيح».

(٢) الامتناع والاستقصاء: السقاف: ص٢٦، وقضايا فقهية معاصرة: محمد برهان الدين السنبهلي: ص٤٧.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي: ص٨٧، والأشباه والنظائر لابن نجيم: ص٨٩.

(٤) ترقيع الأحياء بأعضاء الأموات: الزرقاء: ص٥٠، وحكم الاستفادة من أعضاء الموتى: د/ النسيمي: ص٣٥٦.

ثالثاً: العقل:

١- أن من شرط صحة التبرع أن يكون الإنسان مالكاً للشيء المتبرع به، أو مفوضاً في ذلك من قبل المالك الحقيقي، والإنسان ليس مالكاً، ولا مفوضاً فيه؛ لأن التفويض يستدعي الإذن له بالتبرع، وذلك غير موجود[١]؛ فثبت بهذا عدم صحة تبرعه بأعضائه، لعدم وقوع ذلك التبرع على الوجه الشرعي المعتبر.

ونوقش هذا الدليل: بأن الإنسان مأذون له بالتصرف في جسده، بما فيه الخير لذلك الجسد في الدنيا والآخرة. والإذن بنقل الأعضاء فيه خير للآذن في الآخرة من جهة الثواب الذي سيتبعه؛ لما اشتمل عليه ذلك الإذن من تفريج كربة المسلم، والإحسان إليه.

٢- القياس: لا يجوز استقطاع الأعضاء الآدمية، كما لا يجوز استقطاع الأبضاع بجامع كون كل منهما من أعضاء الجسد[٢].

ونوقش هذا الدليل: بأن استقطاع الأبضاع مبني على حرمة المشاركة فيها؛ لكونها مفضية على مفسدة الزنى، وهذه العلة غير متحققة في نقل الأعضاء، ومن ثم فإن القياس يُعد قياساً مع الفارق.

رابعاً: القواعد الفقهية:

١- «الضرر لا يزال بالضرر»[٣].

٢- «الضرر لا يزال بمثله»[٤].

---

(١) انظر: انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حياً أو ميتاً: د/ حسن علي الشاذلي: ١/ ٣١٧.

(٢) يشهد لحكم الأصل قولهم «الأصل في الأبضاع التحريم»، وهي من القواعد التي نص عليها بعض الفقهاء. انظر: نقل وزراعة الأعضاء الآدمية: د/ السكري: ص١١٦، ١١٧؛ والأشباه والنظائر: السيوطي: ص٦١، والأشباه والنظائر: لابن نجيم: ص٦٧.

(٣) الأشباه والنظائر: السيوطي: ص٨٦، والأشباه والنظائر: ابن نجيم: ص٨٧.

(٤) شرح القواعد الفقهية: أحمد محمد الزرقاء: ص١٤١.

وجه الدلالة: أن القاعدتين تتضمنان المنع من إزالة الضرر بمثله، وذلك موجود في هذه المسألة؛ حيث يزال الضرر عن الشخص المنقول إليه بضرر آخر يلحق بالشخص المتبرع[(١)].

نوقشت هاتان القاعدتان: بأنها لا ترد على القول بالجواز؛ لأن من شرطه ألا يؤدي النقل إلى هلاك الشخص المنقول منه العضو.

٣- «ما جاز بيعه جاز هبته، وما لا، فلا»[(٢)].

وجه الدلالة: أن أصل هذه القاعدة هو أن البيع مبادلة مال بمال، وأن الذي يجوز بيعه هو ما يكون مملوكاً له، وما يكون مالاً، أي يدخل تحت سلطته. والإنسان ليس مالاً وليس مملوكاً للإنسان بل لله تعالى، فليس لأحد سواه حق التصرف فيه ببيع أو غيره.

والهبة تمليك مال بعوض، فمحل الهبة هو المال، ومالك هذا المال كما يملك بيعه، يملك هبته. فإذا لم يكن الشيء مالاً فلا يجري عليه بيع ولا هبة ولا غيرهما من التصرفات الناقلة للملكية.. إذن فلا يجوز التبرع بالأعضاء الآدمية لا من حي لمثله في حال الحياة ولا بعد الممات.

ونوقشت هذه القاعدة: بأن لكل قاعدة مستثنيات، خاصة إذا كانت الفروع والمسائل المستثناة شهدت أصول الشرع باعتبار موجباتها؛ وعلى هذا فإنه تستثنى مهمة النقل من هذه القاعدة؛ لمكان الحاجة والضرورة الداعية لها، وهي ضرورة إنقاذ النفس، ودفع مشقة الأسقام عنها.

خامساً: أقوال الفقهاء المتقدمين:

١- قال ابن عابدين الحنفي: «وإن قال له آخر: اقطع يدي وكُلْها لا يحل؛ لأن لحم الإنسان لا يباح في الاضطرار»[(٣)].

---

(١) انظر: قضايا فقهية معاصرة: السنبهلي: ص٦١.

(٢) القواعد: الزركشي: ٣/ ١٣٨. وانظر: انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حياً أو ميتاً: ١/ ٣١٧.

(٣) حاشية رد المحتار: ابن عابدين ٥/ ٢١٥.

٢- قال الصاوي المالكي: «إن كسر عظام الميت انتهاك لحرمته»(١)، وقال: «فإن بقي شيء من عظامه فالحرمة باقية لجميعه، فلا يجوز استخدام ظفر الميت، ولا جزء منه، ولا شعره؛ لأن هذه الأجزاء محترمة وفي أخذها انتهاك لحرمتها»(٢)اهـ.

وقال ابن جزي: «ولا يجوز التداوي بالمحرمات، كما لا يجوز أكل المضطر ابن آدم»(٣)اهـ.

٣- قال الشربيني الشافعي: «ويحرم جزماً على شخص قطعه - أي بعض نفسه - لغيره من المضطرين؛ لأن قطعه لغيره ليس فيه قطع البعض لاستبقاء الكل، كما يحرم على مضطر أيضاً أن يقطع لنفسه قطعة من حيوان معصوم»(٤).

وقال البجيرمي(٥): «ويحرم قطع بعضه لغيره من المضطرين؛ لأن قطعه لغيره ليس فيه القطع لاستبقاء الكل، نعم إن كان ذلك الغير نبياً لم يحرم، بل يجب كما يحرم على المضطر أيضاً أن يقطع لنفسه قطعة من حيوان معصوم»(٦)اهـ.

---

(١) بلغة السالك لقرب المسالك: الصاوي ١/ ٤٢٤.

(٢) المصدر السابق ١/ ٤٣٢.

(٣) قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية: محمد أحمد بن جزي: ص١٩٤.

(٤) مغني المحتاج: الشربيني ٤/ ٣١٠.

(٥) هو: سليمان بن محمد بن عمر المعروف بالبجيرمي (١١٣١هـ-١٢٢١هـ)، فقيه مصري، ولد في بجيرم (من قرى الغربية بمصر) وتعلم في الأزهر، ودرس، وكفَّ بصره. له: "التجريد" وهو حاشية على شرح المنهج في فقه الشافعية، و"تحفة الحبيب" حاشية على شرح الخطيب المسمى بالإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، توفي رحمه الله في قرية مصطية بالقرب من بجيرم. انظر: الأعلام للزركلي ٣/ ١٣٣، ومعجم المؤلفين ٤/ ٢٧٥.

(٦) حاشية البجيرمي على شرح الخطيب: للبجيرمي ٤/ ٢٧٣.

٤- قال ابن قدامة الحنبلي: «فإن لم يجد المضطر شيئا لم يبح له أكل بعض أعضائه... وإن لم يجد إلا آدمياً محقون الدم لم يبح قتله إجماعاً، ولا إتلاف عضو منه مسلماً كان أو كافراً؛ لأنه مثله فلا يجوز أن يبقي نفسه بإتلافه وهذا لا خلاف فيه... وإن وجد معصوماً ميتاً لم يبح أكله»[1].

مناقشة الاستشهاد بنصوص الفقهاء:

١- نوقشت النصوص المتضمنة عدم جواز قطع شيء من الجسد للمضطر؛ ليأكله: بأن هذا لا يشمل ما بعد الموت؛ لعدم وجود المفسدة المترتبة على القطع حال الحياة. وأن هذا الاستدلال معارض بما نصوا عليه من جواز قطع البعض من أجل استبقاء الكل؛ كما في اليد المتآكلة والسلعة ونحوها من الآفات[2]. والقول بجواز القطع على هذا الوجه يدل على اعتبارهم للحكم بجواز القطع لإنقاذ النفس، وهذا موجود بعينه في مهمة نقل الأعضاء.

٢- تحريم التداوي بأجزاء الآدمي، وقد علل بعضهم ذلك بكونه موجباً لانتهاك حرمة الآدمي. وجواب ذلك أن نقل العضو فيه تكريم للميت حساً ومعنى، أما كونه تكريماً حسياً؛ فلأن ذلك العضو بدل من أن يصير إلى التراب والبلى بقي في جسد المسلم يستعين به على طاعة الله ومرضاته، وأما كونه تكريماً معنوياً؛ فلما فيه من الأجر والثواب للمتبرع؛ لكونه فرج به الكربة عن أخيه المسلم.

٣- تحريم كسر عظام الميت: وجوابه ما تقدم في الجواب عن الحديث الوارد في ذلك.

٤- عدم جواز قتل النفس المحرمة لاستبقاء مثلها. وجواب ذلك: أن هذا إنما يختص بحالة التبرع من الحي وهو مختص بالحالة التي يغلب على الظن فيها هلاك المتبرع، وقد

---

(١) المغني مع الشرح الكبير: لابن قدامة ١١/ ٧٩.

(٢) انظر: انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حياً أو ميتاً: د. الشاذلي: ١/ ٣١٧.

تقدم أن شرط جواز التبرع عدم ترتب الهلاك عليه، ومن ثم فإنه لا يرد الاستدلال بعبارات المانعين على هذا الوجه.

القول الثاني: يجوز نقل الأعضاء الآدمية.

وقال به طائفة من العلماء والباحثين[1].

واستدل أصحاب هذا القول من الكتاب والعقل، والقواعد الفقهية، وأقوال بعض الفقهاء المتقدمين:

أولاً: الكتاب:

١ - قوله ﷻ: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنزِيرِ وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾[2].

وجه الدلالة: أن هذه الآية وغيرها من الآيات اتفقت على استثناء حالة الضرورة من التحريم المنصوص عليه فيها، والإنسان المريض إذا احتاج إلى نقل العضو فإنه سيكون في حكم المضطر؛ لأن حياته مهددة بالموت كما في حالة الفشل الكلوي ونحوها، وإذا كانت حالته اضطراراً فإنه يدخل في عموم الاستثناء المذكور فيباح نقل ذلك العضو إليه[3].

---

(١) انظر: نقل الأعضاء من إنسان لآخر: جاد الحق علي جاد الحق، القاهرة، مجلة الأزهر، عدد رمضان ١٤٠٣هـ، ج٩، والأحكام الشرعية للأعمال الطبية: د. أحمد شرف الدين: ص١٢٨، وجريدة الشرق الأوسط، ع٣٧٢٥، ٨/ ٢/ ١٩٨٩م، قول للدكتور عبد الجليل شلبي، ويرى أن هذا التبرع قد يصل إلى درجة الوجوب.

(٢) سورة البقرة، الآية [١٧٣].

(٣) شفاء التباريح والأدواء في حكم التشريح ونقل الأعضاء: إبراهيم اليعقوبي: ص١٩، ٢٣-٢٨، ٣٤، والأحكام الشرعية للأعمال الطبية: د. شرف الدين: ص١٣٣.

٢- قولـه ﷻ: ﴿مِنْ أَجْلِ ذَٰلِكَ كَتَبْنَا عَلَىٰ بَنِي إِسْرَاءِيلَ أَنَّهُۥ مَن قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي ٱلْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ ٱلنَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَآ أَحْيَا ٱلنَّاسَ جَمِيعًا﴾(١).

وجه الدلالة: أن قوله ﷻ: ﴿وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَآ أَحْيَا ٱلنَّاسَ جَمِيعًا﴾ عام يشمل كل إنقاذ من تهلكة، وعليه فإنه يدخل فيه من تبرع لأخيه بعضو من أعضائه؛ لكي ينقذه من الهلاك، أو يعيد إليه بصره الذي فقد نوره(٢).

ثانياً: العقل:

١- يجوز التداوي بنقل الأعضاء الآدمية، كما يجوز التداوي بلبس الحرير لمن به حكة؛ بجامع وجود الحاجة الداعية إلى ذلك في كل(٣).

قال العز بن عبد السلام: «الطب كالشرع، وضع لجلب مصالح السلامة والعافية ولدرء مفاسد المعاطب والأسقام»(٤).

٢- يجوز نقل الأعضاء الآدمية كما يجوز تشريحها؛ بجامع وجود الحاجة في كل(٥).

---

(١) سورة المائدة، الآية [٣٢].

(٢) فتوى لجنة الإفتاء بالمجلس الإسلامي الأعلى في الجزائر بتاريخ ٦/ ٣/ ١٣٩٢هـ، انظر: مجلة البحوث الإسلامية، ع٢٢، ص٤٧.

(٣) حكم الاستفادة من أعضاء الموتى: د. محمود ناظم النسيمي: ص٥٠.

(٤) قواعد الأحكام في مصالح الأنام ١/ ٤.

(٥) حكم الاستفادة من أعضاء الموتى: د. النسيمي، ص٥٤؛ وفتوى لجنة الإفتاء بالمملكة الأردنية بتاريخ ٢٠/ ٥/ ١٣٩٧هـ، انظر: بحث انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر: د. عبد السلام العبادي (مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع٤، ج١، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م) ص٤١٣.

٣- أن الفقهاء نصوا على جواز شق بطن الميت؛ لاستخراج جوهرة الغير إذا ابتلعها الميت[١]، فلأن يجوز نقل أعضاء الميت أولى وأحرى؛ لمكان النفس المحرمة التي هي أعظم حرمة من المال[٢].

ثالثاً: القواعد الفقهية:

١ - «إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما»[٣].

وجه الدلالة: أن القاعدة دلت على أنه إذا وقع التعارض بين مفسدتين فإننا ننظر إلى أيهما أشد فنقدمها على التي هي أخف منها. وفي المسألة وقع التعارض بين مفسدة أخذ العضو

---

(١) قواعد الأحكام في مصالح الأنام: العز بن عبد السلام ١/ ٩٧، والمغني مع الشرح الكبير: ٣/ ٤١٤، ٤١٥؛ والأشباه والنظائر: ابن نجيم: ص٨٨، والفتاوى الهندية: مجموعة من علماء الهند ١/ ١١٣، ٢/ ٣٦٠، والمجموع شرح المهذب: النووي ٥/ ٢٦٦، ٢٦٧، ٣٠٠، ونهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: الرملي ٣/ ٣٩، ومغني المحتاج: الشربيني ١/ ٢٠٧، وحاشية رد المحتار: ١/ ١٦٦، والتشريح الجثماني والنقل والتعويض الإنساني: د/ بكر أبو زيد: ص١٥، وحكم الاستفادة من أعضاء الموتى: د. النسيمي: ص٥١-٥٢.

(٢) حكم الاستفادة من أعضاء الموتى: د. النسيمي: ص٥٤، وانتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حياً كان أو ميتاً: د. عبد السلام العبادي (مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع٤، ج١، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م): ص٤١١.

(٣) نقل دم أو عضو أو جزئه من إنسان لآخر، بحث للجنة الدائمة للبحوث العلمية، منشور بمجلة البحوث الإسلامية، ع٢٢، ص٤١؛ انظر: شفاء التباريح والأدواء: اليعقوبي، ص٢١؛ نقل الأعضاء من إنسان لآخر: جاد الحق، مقال بمجلة الأزهر، ج٩، س٥٥، رمضان ١٤٠٣هـ- يونية ١٩٨٣م؛ انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر: د. البوطي (من بحوث مجمع الفقه الإسلامي) ص٧، وقد نص الفقهاء على اعتبار هذه القاعدة الشرعية، انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي: ص٨٧؛ الأشباه والنظائر لابن نجيم: ص٨٩؛ شرح القواعد الفقهية: الزرقاء، ص١٤٧.

من الحي أو الميت وبحصول بعض الألم للأول، والتشوه في جثة الثاني، وبين مفسدة هلاك الحي المتبرع له، ولا شك أن مفسدة هلاك الحي المتبرع له - المريض - أعظم من المفسدة الواقعة على المتبرع حياً كان أو ميتاً فتقدم حينئذ؛ لأنها أعظم ضرراً وأشد خطراً.

٢- «الأمور بمقاصدها».

وجه الدلالة: أن هذه القاعدة دلت على أن الأعمال معتبرة على حسب النيات والمقاصد، وعليه فإن نقل الأعضاء الآدمية يختلف حكمه بحسب اختلاف المقصود منه، وفي مسألتنا هذه المقصود هو إنقاذ النفس المحرمة، ودفع الضرر الأشد بالأخف، وهذا مقصد محمود وعمل مشروع يثاب فاعله، وهو المقصود بالقول بالجواز(١).

٣- «الضرورات تبيح المحظورات»(٢).

وهذه قاعدة شرعية مأخوذة من قوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾(٣). تدل على أن المضطر أبيح له في حال الضرورة أن ينال من المحرم بقدر ما يدفع عنه الضرورة غير باغ في استعماله فوق حاجته، ولا عاد بأن يجد عن هذه المحرمات مندوحة.

رابعاً: أقوال الفقهاء المتقدمين:

قال المجيزون إن مذهب أهل العلم من الفقهاء جواز قتل الآدمي غير معصوم الدم وأكل لحمه عند الاضطرار.

قال النووي: «... ويجوز له قتل الحربي والمرتد وأكلهما بلا خوف، وأما الزاني المحصن، والمحارب، وتارك الصلاة ففيهم وجهان:

---

(١) شفاء التباريح والأدواء: اليعقوبي: ص٢١، ٣٤، ٣٥.

(٢) المرجع السابق: ص٢١.

(٣) سورة البقرة، الآية [١٧٣].

أصحهما: وبه قطع إمام الحرمين، والمصنف، والجمهور: يجوز.

قال النووي: لأنا إنما منعنا من قتل هؤلاء تفويضاً إلى السلطان؛ لئلا يفتات عليه، وهذا العذر لا يوجب التحريم عند تحقق ضرورة المضطر. وأما إذا وجد المضطر من له عليه قصاص فله قتله قصاصاً وأكله، سواء حضره السلطان أم لا...، وأما أهل الحرب وصبيانهم ففيهم وجهان: الثاني: - وهو الأصح - يجوز... وأما إذا لم يجد المضطر إلا آدمياً ميتاً ففيه طريقان أصحهما وأشهرهما: يجوز...»[1]اهـ.

وقال العز بن عبد السلام: «لو وجد المضطر من يحل قتله؛ كالحربي، والزاني المحصن، وقاطع الطريق الذي تحتم قتله، واللائط، والمصر على ترك الصلاة جاز له ذبحهم وأكلهم؛ إذ لا حرمة لحياتهم؛ لأنها مستحقة الإزالة، فكانت المفسدة في زوالها أقل من المفسدة في فوات حياة المعصوم...»[2]اهـ.

ومن المعلوم أن الشخص المريض قد بلغ حالة الاضطرار كما في مرض الفشل الكلوي الذي يهدد صاحبه بالموت، وقد نص هؤلاء الفقهاء على جواز أكل المضطر للحم الميت غير المعصوم والمعصوم؛ مع أن الأكل يوجب استنفاذ الأعضاء؛ فلأن يجوز النقل والتبرع الموجب لبقائها ودوامها أولى وأحرى، وحرمة الحي أولى من حرمة الميت في الأصل، فكذلك في المسألة التي نحن بصددها.

---

(١) المجموع: النووي: ٩/ ٤٤، والأحكام الشرعية: د. شرف الدين: ص١٢٢-١٢٣، ومغني المحتاج: الشربيني: ٤/ ٢٨٢- ٢٨٤، وفتح الوهاب بشرح منهج الطلاب: زكريا الأنصاري ٢/ ١٩٣.

(٢) قواعد الأحكام في مصالح الأنام ١/ ٨١، وانتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حياً كان أو ميتاً: د.البوطي، ص٦ (بحث في مجلة مجمع الفقه الإسلامي)، انظر: الأحكام الشرعية: د. شرف الدين، ص١٢٣.

وقد صدرت الفتوى بجواز نقل الأعضاء من المتبرع في عدد من المؤتمرات والمجامع والهيئات واللجان منها: **المؤتمر الإسلامي** المنعقد بماليزيا(١)، **ومجمع الفقه الإسلامي**(٢)، وهيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية(٣)، **ولجنة الفتوى** في كل من جمهورية مصر العربية(٤)، والمملكة الأردنية الهاشمية(٥)، ودولة الكويت(٦)، والجمهورية الجزائرية(٧).

---

(١) انعقد في إبريل ١٩٦٩م، وخلص إلى القول بجواز نقل الأعضاء بشرط الضرورة ونص على حرمة المتاجرة بالأعضاء الآدمية، انظر: مجلة البحوث الإسلامية، ع٢٢، ١٤٠٩هـ.

(٢) قرر المجلس في دورته الثامنة المنعقدة بمكة المكرمة في ٢٨/ ٤ إلى ٧/ ٥/ ١٤٠٥هـ القول بجواز النقل بشروط أربعة: عدم ضرر المنقول منه، وأن يكون مختاراً، وأن يتعين النقل لعلاج المرض، وأن يغلب على الظن أو يتحقق نجاح الجراحة.

(٣) قرر مجلس الهيئة بالإجماع جواز نقل عضو أو جزئه من إنسان حي مسلم أو ذمي إلى نفسه إذا دعت الحاجة إليه، وأمن الخطر في نزعه وغلب على الظن نجاح زرعه، وقرر بالأكثرية جواز نقل عضو وجزئه من إنسان ميت إلى مسلم إذا اضطر إلى ذلك، وأمنت الفتنة في نزعه ممن أخذ منه، وغلب على الظن نجاح زرعه فيمن سيزرع فيه، كما قرر جواز التبرع إلى المسلم المضطر على ذلك، قرار رقم ٩٩ بتاريخ ٦/ ١١/ ١٤٠٢هـ.

(٤) مجلة الأزهر، س٢٠، ع٧٤٢، ١٣٦٨هـ، لجنة الفتوى بالأزهر، فتوى رقم ٤٩١، دار الإفتاء المصرية مسجل ٨٨ مسلسل ٢١٢، ص٩٣؛ جريدة الشرق الأوسط، ع٣٧٢٥، ٨/ ٢/ ١٩٨٩م حيث نقلت قول مفتي الجمهورية بالجواز.

(٥) وتضمن القرار جواز النقل بشروط خمسة بالنسبة للنقل من الميت. انظر الفتوى في: انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حياً كان أو ميتاً: د/ عبد السلام داود العبادي، (مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع٤، ١٤٠٨هـ- ١٩٨٨م) ص٤١٣.

(٦) فتوى رقم ٩٧ع/ ٨٤ في ربيع الآخر ١٤٠٥هـ، مكتب الإفتاء، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة الكويت.

(٧) لجنة الإفتاء للمجلس الإسلامي الأعلى في الجزائر بتاريخ ٦/ ٣/ ١٣٩٢هـ (٢٠/ ٤/ ١٩٧٢م)، واشترطت رضا المنقول منه ما لم يكن ميتاً فلولي الأمر الحق في أن يأذن بالنقل.

وقد أصدر مجلس مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورة مؤتمره الرابع بجدة في المملكة العربية السعودية من ١٨-٢٣ جمادى الآخرة ١٤٠٨هـ، الموافق ٦-١١ فبراير ١٩٨٨م قراره رقم (١) د ٤/ ٨/ ٨٨، بشأن موضوع انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حياً أو ميتاً، وجاء فيه ما نصه: من حيث الأحكام الشرعية:

أولاً: يجوز نقل العضو من مكان من جسم الإنسان إلى مكان آخر من جسمه، مع مراعاة التأكد من أن النفع المتوقع من هذه العملية أرجح من الضرر المترتب عليها، وبشرط أن يكون ذلك لإيجاد عضو مفقود أو لإعادة شكله أو وظيفته المعهودة له، أو لإصلاح عيب أو إزالة دمامة تسبب للشخص أذى نفسياً أو عضوياً.

ثانياً: يجوز نقل العضو من جسم إنسان إلى جسم إنسان آخر، إن كان هذا العضو يتجدد تلقائياً، كالدم والجلد، ويراعى في ذلك اشتراط كون الباذل كامل الأهلية، وتحقق الشروط الشرعية المعتبرة.

ثالثاً: تجوز الاستفادة من جزء من العضو الذي استؤصل من الجسم لعلة مرضية لشخص آخر، كأخذ قرنية العين لإنسان ما عند استئصال العين لعلة مرضية.

رابعاً: يحرم نقل عضو تتوقف عليه الحياة كالقلب من إنسان حي إلى إنسان آخر.

خامساً: يحرم نقل عضو من إنسان حي يعطل زواله وظيفة أساسية في حياته وإن لم تتوقف سلامة أصل الحياة عليها كقرنية العينين كلتيهما، أما إن كان النقل يعطل جزءاً من وظيفة أساسية فهو محل بحث.

سادساً: يجوز نقل عضو من ميت إلى حي تتوقف حياته على ذلك العضو، أو تتوقف سلامة وظيفة أساسية فيه على ذلك. بشرط أن يأذن الميت أو ورثته بعد موته، أو بشرط موافقة ولي المسلمين إن كان المتوفى مجهول الهوية أو لا ورثة له.

سابعاً: وينبغي ملاحظة أن الاتفاق على جواز نقل العضو في الحالات التي تم بيانها، مشروط بأن لا يتم ذلك بواسطة بيع العضو. إذ لا يجوز إخضاع الإنسان للبيع بحال ما.

أما بذل المال من المستفيد، ابتغاء الحصول على العضو المطلوب عند الضرورة أو مكافأة وتكريماً، فمحل اجتهاد ونظر.

الترجيح

مما سبق من أقوال المانعين والمجيزين، وما استدلوا به على أقوالهم، يترجح عندي القول بجواز نقل عضو من جسم إنسان حي وزرعه في جسم إنسان آخر مضطر إليه لإنقاذ حياته أو لاستعادة وظيفة من وظائف أعضائه الأساسية، وهو عمل لا يتنافى مع الكرامة الإنسانية بالنسبة للمأخوذ منه، كما أن فيه مصلحة كبيرة وإعانة خيرة للمزروع فيه. وهو عمل مشروع إذا توفرت فيه الشروط التالية:

١ - ألا يضر أخذ العضو من المتبرع به ضرراً يخل بحياته العادية؛ لأن القاعدة الشرعية أن الضرر لا يزال بضرر مثله ولا بأشد منه؛ ولأن التبرع حينئذ يكون من قبيل الإلقاء بالنفس إلى التهلكة، وهو أمر غير جائز شرعاً.

٢ - أن يكون إعطاء العضو طوعاً من المتبرع دون إكراه.

٣ - أن يكون زرع العضو هو الوسيلة الطبية الوحيدة الممكنة لمعالجة المريض المضطر.

٤ - أن يكون نجاح كل من عمليتي النزع والزرع محققاً في العادة أو غالباً.

كما يترجح لدي جواز نقل عضو من الميت إلى إنسان حي عند الضرورة، سواء كان معصوماً أو غير معصوم، إحياء للنفس الآدمية ومداً لأسباب البقاء لها... وبخاصة أن النفس الميتة إن لم ينتفع بها تحللت وصارت تراباً...، فإنقاذ نفس حية بشيء من نفس ميتة حفاظاً على النفس، وإحياء لها، هو هدف مشروع، ومصلحة مقررة شرعاً ومعتدٌّ بها، فضلاً عن أن رعاية مصلحة الحي في امتداد حياته، أولى من رعاية مصلحة الميت في عدم المساس بجسمه، إذ جسمه إلى تحلل وإلى فناء.

المسألة الثانية: التبرع بالدم:

التعريف بالدم في اللغة:

(الدم: أصلها «دمي» وهي من الأسماء التي حذف العرب لامها ولم يعوضوا عنها شيئاً. ويقال: «دَمِيَ الجرح» أي: خرج منه الدم ولم يسل، فهو دامٍ. ويقال: «أدمى الرجل» أي: ضربه حتى خرج دمه. وجمع الدم: «دمي ودماء») [1].

التعريف بالدم عند علماء الطب:

عرف علماء الطب الدم بأنه: سائل أحمر لزج يتكون من محلول رائق يعرف بالبلازما وتسبح فيه الكرات الدموية البيضاء والحمراء والصفائح الدموية[2].

حكم التداوي:

التداوي من العلل والأدواء رغبة في الشفاء مرغوب مأمول تسعى إليه النفس. والتداوي أمر أباحه الشرع للمحافظة على حياة الإنسان من العلل والأدواء: ويستدل على حكمه بأقوال الفقهاء:

- قول راجح لجمهور الشافعية[3] مؤداه حمل التداوي على الاستحباب وقد استدلوا بقوله ﷺ لم سألوه عن التداوي: (**نعم يا عباد الله تداووا، فإن الله ﷻ لم يضع داءً إلا وضع له شفاء غير داءٍ واحدٍ**). قالوا: ما هو؟ قال: (**الهرم**)[4].

---

(١) لسان العرب: مادة "دمي" ١٣/ ٣٦٨، والمعجم الوسيط: ١/ ٢٨٩.

(٢) انظر: تشريح جسم الأنسان: للدكتور حكمت عبد الكريم فريحات: ص٥٣-٥٤، دار الشروق، الطبعة العربية الأولى، سنة ١٩٨٨م.

(٣) مغني المحتاج: الشربيني ١/ ٣٥٧، والمجموع للنووي ٥/ ٩٦.

(٤) أخرجه الترمذي في سننه ٤/ ٣٨٣، كتاب: رآه عن رسول الله ﷺ باب: ما جاء في الدواء والحث عليه، رقم ٢٠٣٨ وقال: حديث حسن صحيح. ورواه أبو داود في سننه٤/ ٣ باب: في الرجل يتداوى، رقم ٣٨٥٥.

* قول يوجب التداوي من العلل والأدواء، وهو أحد أقوال الحنفية والحنابلة، وهو قول ابن حزم(١)، فعندهم ترك التداوي عند خوف الهلاك حرام. واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾(٢).

كما استدلوا بالحديث الشريف: (**إن الله أنزل الداء والدواء، وجعل لكل داءٍ دواءً فتداووا**)(٣).

* أما جمهور الحنفية(٤) فعندهم التداوي مباح إذا ما اعتقد أن الشافي هو الله وهو قول المالكية وما اختاره الحنابلة أيضاً. واستدلوا بحديث رسول الله ﷺ: (**فإن الله عز وجل لم يضع داءً إلا وضع له شفاء**)(٥).

الترجيح:

مما تقدم من أقوال الفقهاء يترجح الرأي باستحباب التداوي على وجه العموم، ولوجوب التداوي إن تعين الدواء لداء بعينه؛ وذلك لأن التداوي جاء به أمر الله تعالى في الآية: ﴿فِيهِ شِفَاءٌ لِّلنَّاسِ﴾(٦).

---

(١) الفتاوى الهندية: مجموعة من علماء الهند (القاهرة، المطبعة الأميرية): ٥/ ٣٥٥؛ والمحلى: علي بن أحمد بن سعيد بن حزم (مصر، الطباعة المنيرية، ١٣٥٢هـ): ٧/ ٤١٨.

(٢) سورة البقرة، من الآية [١٩٥].

(٣) رواه أبو داود في سننه ٤/ ٧ باب: في الأدوية المكروهة، رقم ٣٨٧٤. والبيهقي في السنن الكبرى ١٠/ ٥.

قال الألباني في غاية المرام رقم ٦٦: «حديث ضعيف».

(٤) الفتاوى الهندية: ٥/ ٢٥٤، وشرح الزرقاني على الموطأ ٤/ ٣٢٩، وكشاف القناع: للبهوتي ٢/ ٧٦.

(٥) سبق تخريجه: ص٥٠٩ من هذا الكتاب.

(٦) سورة النحل، من الآية [٦٩].

الضرورة والتداوي بالدم:

الضرورة[١] كما عرفها الفقهاء حالة من العنت والمشقة تطرأ على الإنسان ينجم عنها حدوث ضرر بالنفس أو بعضو منها أو بالعقل أو بالمال[٢]. وقد وضع لها الفقهاء شروطاً[٣] وضوابط تنضبط بها حالة الضرورة.

وبرغم وضوح القضية إلا أن الفقهاء قد اختلفوا بشأن الضرورة في ثلاثة مواضع:

الموضع الأول:

يدور حول حكم العمل بالضرورة. فالفقهاء فيها على أقوال:

* قول مؤداه أن العمل بالضرورة يقتضي الإباحة ولا إثم على من ترك مباحاً، وهذا ما ذهب إليه الظاهرية، وأحد أقوال الحنابلة، وقول أبي يوسف من الحنفية، والشيرازي من الشافعية[٤].

* قول مؤداه أن العمل بها واجب فوجب على المضطر أن يتناول المحرم عند الضرورة للحفاظ على نفسه من الهلاك ويأثم بتركه الوجوب، وهو رأي المالكية وقد استدلوا على قولهم بجميع النصوص الموجبة للفعل حال الاضطرار[٥].

* قول مؤداه أن تناول المضطر للمحرم عزيمة وليس رخصة والعزيمة تحمل على الوجوب.

---

(١) الضرورة: تعني الحاجة الشديدة، مفردات القرآن: الراغب الأصفهاني: ص٢٩٤.

(٢) الأشباه والنظائر: لابن نجيم: ص٨٥، والأشباه والنظائر: للسيوطي: ص٨٣، ونظرية الضرورة الشرعية مقارنة بالقانون الوضعي: د. وهبة الزحيلي: ص٦٧.

(٣) قواعد الأحكام في مصالح الأنام: للعز بن عبد السلام ١/ ٩٠.

(٤) المحلى: ابن حزم: ٧/ ٤٢، والمغني: ٨/ ٥٩٦، وتبيين الحقائق للزيلعي ٥/ ١٨٥، والمجموع للنووي ٩/ ٤٢.

(٥) المغني: لابن قدامة ٦/ ٤١.

الترجيح:

مما تقدم يترجح لدي القول الثاني لأنه يتفق مع ظاهر النص.

الموضع الثاني:

تدور حول اعتبار التداوي بالمحرمات من الضرورات قياساً على المطعومات. وحيث اتفق على أن حالة الضرورة تجيز للإنسان أكل الحرمات إعمالاً للنصوص. أما التداوي بالمحرمات فالفقهاء فيها على قولين:

القول الأول: لا يُعد التداوي من الضرورات المبيحة للمحظورات. واستدلوا بقوله: (**إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم**)[(١)].

القول الآخر: مؤداه أن الدواء كالغذاء كلاهما لازم للحياة فهو من الضرورات أيضاً. واستدلوا بما قَبِلَهُ رسول الله ﷺ حين أباح محظوراً لأجل التداوي، وذلك عندما رخص في لبس الحرير لعبد الرحمن بن عوف والزبير بن العوام رضي الله عنهما لمرض جلدي أصابهما رغم نهيه عن لبس الحرير للرجال[(٢)].

الترجيح:

مما تقدم من أقوال الفقهاء، يترجح لدي القول الثاني لقوة استدلاله، ولأن الشارع حين أباح أكل المحرمات في حال الاضطرار فإنه يكون بذلك قد أباح العلاج بها، فضرورة العلاج كضرورة الغذاء تبيح المحظورات، إعمالاً للقاعدة الشرعية «الضرورات تبيح المحظورات»[(٣)]. والشريعة أصلاً ما جاءت إلا لرعاية مصالح العباد، وتتحقق المصلحة أيضاً حال إنقاذ مريض أشرف على الهلاك.

---

(١) الأثر لابن مسعود رضي الله عنه، رواه البخاري في صحيحه ٥/ ٢١٢٩، كتاب الأشربة، باب: شراب الحلوى والعسل.

(٢) المغني على الشرح الكبير: ١/ ٦٢٧.

(٣) نظرية الضرورة الشرعية:د. وهبة الزحيلي: ص٦٠ (بتصرف)؛ والأشباه والنظائر: السيوطي: ص٨٣، والأشباه والنظائر: لابن نجيم: ص٨٥.

الموضع الأخير:

ويدور حول تعلق التداوي بالمحرم بتعجيل الشفاء دون توقف أصل الشفاء عليه. وللفقهاء في ذلك قولان أصحهما قول يرى جوازه، وهذا ما ذهب إليه الشافعية وأحد قولي الحنفية[1].

الترجيح:

بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم على جواز التداوي بالمحرمات في حالة الضرورة، وفي مسألة التداوي بنقل الدم، فإن الاحتياج والاضطرار أكيد إن كان المريض لا يبرأ إلا بنقل الدم كدواء معين لذاته، إعمالاً للقواعد الفقهية «الضرورات تبيح المحظورات» و«الضرورات تقدر بقدرها» و«الضرر يزال»، والقاعدة الأخيرة تفيد وجوب إزالة الضر ورفعه بعد وقوعه، مع التأكد من أنه لا خطر على المتبرع إعمالاً للقاعدة الفقهية «إزالة الضرر لا تكون بإحداث ضرر».

ومعلوم أن حفظ حياة الناس وسلامة أبدانهم من مقاصد الشريعة، حيث شرع الإسلام لبقاء النوع الإنساني الزواج للتوالد والتناسل، وفرض للحفاظ على الأنفس وما يقيمها من ضروري الطعام والشراب واللباس والسكن، وأوجب القصاص والدية والكفارة على من يعتدي عليها وحرم أن يعرض الإنسان نفسه للهلاك، قال تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُواْ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى ٱلتَّهْلُكَةِ﴾[2].

ولذا كان العلاج للتداوي من الأمراض مشروعاً فتداوى الرسول ﷺ وأمر الناس بالتداوي.

والتبرع بالدم كالهبة – والهبة وكذلك الهدية – مما رغب فيه الشارع وندب إليه، وهي من مكارم الأخلاق وأمارة الجود، وصفة من صفات الكمال وصف الله بها نفسه بقوله ﷻ:

---

(١) الفتاوى الهندية – التداوي للمعالجات: مجموعة من علماء الهند ٥/ ٣٥٥.

(٢) سورة البقرة، من الآية [١٩٥].

﴿أَمْ عِندَهُمْ خَزَآئِنُ رَحْمَةِ رَبِّكَ ٱلْعَزِيزِ ٱلْوَهَّابِ﴾(١). فمن باشرها اكتسب شرفها لما فيها من استعمال الكرم وإزالة شح النفس وإدخال السرور في قلب الموهوب له وإيراث المحبة والمودة بينهما، ورغبة في الخير، من محبة وحسن ثناء في الدنيا، ومن ثواب في الدار الآخرة.

وبقياس التبرع بالدم على الهبة والهدية فإنه يجوز أن يتبرع المسلم من دمه لمعصوم الدم، بخلاف الحربي.

ومن المعلوم أن الإنسان لا يمتلك نفسه حتى يتصرف فيها كما يشاء، ومن ذلك التبرع بدمه، إذ لو اعتدى على نفسه بما يفضي إلى الهلاك كان ذلك انتحاراً وقتلاً للنفس، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمْ﴾(٢). ولكن تبرع الإنسان الصحيح القوي بجزء من دمه لمن يشرف على الهلاك يشبه بذل المنافع، فإنه كالذي يبذل من طاقته الجسمية في إغاثة ملهوف، أو إنقاذ شخص من مهلكة، فإن كل منهما فيه استهلاك طاقة يمكن أن يعوض عنها من فقدها بالتغذية.

ومن المبادئ التي رغب فيها الإسلام الإيثار، وهو تقديم الإنسان مصلحة أخيه على مصلحة نفسه بما هو حق له لا يحرم عليه بذله. وإذا كان المسلم يؤثر أخاه على نفسه بطعام أو شراب هو أحق به منه ولو أدى إلى ضعفه، فلأن يؤثره كذلك بشيء من دمه الذي ينقذ حياته أولى وأفضل. وقد روى علماء السيرة والتاريخ منقبة في الإيثار لثلاثة من الصحابة رضي الله عنهم أصيبوا في موقعة أجنادين أو اليرموك(٣).

وطالما أن الدم انتفى عنه وصف السفح فلا حرج في المعالجة به؛ وعلى ذلك فلا إثم على المتبرع، ولا الآخذ ولا على الطبيب المعالج.



---

(١) سورة ص، الآية [٩].

(٢) سورة النساء، من الآية [٢٩].

(٣) عيون الأخبار: ابن قتيبة: ١/ ٣٣٩، ٣٤٠.

المبحث الثالث
أثر المصلحة المرسلة في الوصايا

وفيه مطلبان:

المطلب الأول
تعريف الوصية لغة واصطلاحاً

أولاً: الوصية في اللغة:

يقال: أَوْصى الرجلَ ووَصَّاه: عَهِدَ إليه؛ وأَوْصَيْتُ له بشيء وأَوْصَيْتُ إليه إذا جعلته وَصِيَّكَ. والاسم الوَصاةُ والوَصاية والوِصاية بالكسر والفتح. والوصِيَّةُ أيضاً: ما أَوْصَيْتَ به، وسُميت وَصيَّةً لاتصالها بأمر الميت. و(وَصَّى) إليه، وله بشيء: جعله له. و(وَصَّى) فلاناً وإليه: عهد إليه. و(وَصَّى) فلاناً: جعله وصيَّهُ يتصرف في أمره وماله وعياله بعد موته. والوَصِيُّ: الذي يُوصي والذي يُوصى له، والجمع أَوْصياء[(١)].

ويقول الفيومي: «وصيت إلى فلان توصية وأوصيت إليه بمال جعلته له»[(٢)].

وقد استعمل القرآن مادة (وصى) في الطلب حال الحياة، مثل قوله ﷻ: ﴿وَوَصَّيْنَا ٱلْإِنسَـٰنَ بِوَٰلِدَيْهِ حُسْنًا﴾[(٣)]، واستعملها في الطلب بعد الوفاة، مثل قوله ﷻ: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا ٱلْوَصِيَّةُ﴾[(٤)]، والفقهاء جعلوا الوصية عبارة عن طلب فعل، أو تصرف بعد الموت فقالوا: ووصى بمعنى: طلب تصرفاً في أمواله بعد موته.

---

(١) لسان العرب ١٥/ ٣٩٤؛ والصحاح تاج اللغة وصحاح العربية: الجوهري، ٦/ ٢٥٢٥؛ ومختار الصحاح: ص٧٢٥، ٧٢٦؛ والمعجم الوسيط: مجمع اللغة العربية ٢/ ١٠٣٨

(٢) المصباح المنير: كتاب (الواو مع الصاد وما يثلثهما): ص٨٢٦.

(٣) سورة العنكبوت، من الآية [٨].

(٤) سورة البقرة، من الآية [١٨٠].

ويستعملون لفظ الوصي فيمن أقيم قيما على التركة، أو على رعاية الأولاد الصغار بعد الموت، ويستعملون لفظ الوصية في الدلالة على الموصى به[(١)].

والوصية: تطلق على فعل الموصي، وعلى المال الذي يوصى به[(٢)].

ثانياً: الوصية شرعاً:

للفقهاء تعريفات كثيرة للوصية، منها ما يأتي:

تعريف الحنفية:

وقالوا هي: «تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان الموصى به عيناً أو منفعة»[(٣)].

تعريف المالكية:

«هبة الرجل ماله لشخص آخر، أو لأشخاص بعد موته سواء صرح بلفظ الوصية أو لم يصرح»[(٤)]. وبأنها: «عقد يوجب حقاً في ثلث مال عاقده، يلزم بموته أو يوجب نيابة عنه بعد موته»[(٥)].

---

(١) انظر: أحكام الوصية: علي الخفيف: ص١.

(٢) انظر: أحكام الوصايا والأوقاف: محمد مصطفى شلبي: ص٢١؛ والتركة وما يتعلق بها من الحقوق: محمد عبدالرحيم الكشكي: ص١٤١ - ١٤٢.

(٣) انظر: حاشية رد المحتار: ٦/ ٦٤٨، وتبيين الحقائق للزيلعي ٦/ ١٨٢، ونتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار (تكملة فتح القدير): أحمد قودر قاضي زاده، ١٠/ ٤١١، وتكملة البحر الرائق: لابن نجيم ٨/ ٤٥٩.

(٤) بداية المجتهد ونهاية المقتصد: لابن رشد ٢/ ٣٣٠، وانظر: أحكام القرآن: لابن العربي ١/ ٧٠.

(٥) انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٤٢٢، الخرشي على مختصر خليل ٨/ ١٦٧.

تعريف الشافعية:

«تبرع بحق مضاف ولو تقديراً لما بعد الموت ليس بتدبير ولا تعليق عتق»(١).

تعريف الحنابلة:

«التبرع بالمال بعد الموت»(٢).

مشروعية الوصية:

الوصية مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول:

الكتاب:

قولـــــه ﷻ: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا ٱلْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ بِٱلْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ﴾(٣). فالآية صرحت بأن الوصية مكتوبة مطلوبة، ومعنى كتب فرض وألزم وهذا يفيد المشروعية.

وقوله ﷻ: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَآ أَوْ دَيْنٍ﴾(٤). أنه سبحانه وتعالى قرن الوصية بالدين الواجب الأداء فدل ذلك على جوازها بالمعنى الأعم، وقدمت الوصية على الدين للاهتمام بشأنها، لكونها أفضل أو لأنها حظ الفقير غالباً، والدين حظ الغريم، وإلا فإن الدين مقدم عليها شرعاً بعد مؤنة التجهيز بلا نزاع(٥).

---

(١) انظر: مغني المحتاج: الشربيني ٣/ ٣٩، ونهاية المحتاج: الرملي ٦/ ٣٩-٤٠، وحاشيتا قليوبي وعميرة ٣/ ١٥٦.

(٢) المغني ٦/ ٤١٤، والكافي في فقه أحمد بن حنبل: لابن قدامة ٢/ ٤٧٤، والإنصاف: المرداوي ٧/ ١٨٣.

(٣) سورة البقرة، الآية [١٨٠].

(٤) سورة النساء: من الآية [١١].

(٥) انظر: الوصية وأحكامها في الفقه الإسلامي: محمد جعفر شمس الدين: ص١٠٥؛ والأسئلة والأجوبة الفقهية المقرونة بالأدلة الشرعية: عبد العزيز بن محمد السلمان ٧/ ٧١.

السنة:

١- ما رواه الجماعة عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: **(ما حق امرئ مسلم يبيت ليلتين وله شيء يريد أن يوصي به إلا ووصيته مكتوبة عنده)**[١].

أي: أن ما الحزم والاحتياط للمسلم إلا أن تكون وصيته مكتوبة عنده[٢].

٢- ما رواه الدارقطني عن أبي الدرداء عن النبي ﷺ أنه قال: **(إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم ليجعلها لكم زيادة في أعمالكم)**[٣].

فالحديث أفاد أن الوصية قربة يتقرب بها الإنسان إلى الله ﷻ في آخر حياته كي تزداد حسناته أو يتدارك بها ما فاته.

الإجماع[٤]:

إن الأمة من عهد رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا يوصون من غير إنكار من أحد، فيكون ذلك إجماعاً من الأمة على مشروعية الوصية.

---

(١) رواه البخاري في صحيحه ٣/ ١٠٠٥، كتاب: الوصايا، باب: الوصايا، رقم ٢٥٨٧، ومسلم في صحيحه، ٣/ ١٢٤٩، كتاب الوصية، رقم ١٦٢٧.

(٢) انظر: منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار ٦/ ٣٨، تنوير الحوالك مع شرح موطأ مالك: ٢/ ٢٢٨، وانظر: فقه السنة: سيد سابق: ص٤١٥.

(٣) رواه ابن ماجه في سننه ٢/ ٩٠٤، كتاب: الوصايا، باب: الوصية بالثلث، رقم ٢٧٠٩، وابن عبد البر في التمهيد لما في الموطأ من المعني والمسانيد ١٤/ ٣٠٢. قال الألباني في إرواء الغليل: حديث حسن.

(٤) انظر: الوصية: محمد زكريا البرديسي: ص٣٣؛ وفقه السنة: سيد سابق ٣/ ٤١٥، وتبيين الحقائق: الزيلعي ٦/ ١٨٢، ونتائج الأفكار: ١٠/ ٤١٥، وبدائع الصنائع: الكاساني ١٠/ ٤٨٣، وانظر: مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى: مصطفى السيوطي الرحيباني ٤/ ٤٤٢.

المعقول:

هو أن الوصية استخلاف من العبد لغيره في ماله، فيجوز كما يجوز استخلاف الشارع في الميراث، إلا أن الشارع قصر استخلاف العبد لغيره على الثلث حفظاً لحق الورثة فأبقى لهم الثلثين، لأن حقهم تعلق بماله، إلا أن الشارع أظهر لهم هذا الحق الذي تعلق بماله في الثلثين ولم يظهره في الثلث الباقي ليمكنه أن يتدارك ما فاته في حياته من القربات أو قصّر فيه، فيوصي للأجنبي بما لا يزيد على الثلث[١].

حكمة مشروعية الوصية:

إن الحكمة في مشروعية الوصيه هي: حاجة الناس إليها، تمكيناً لهم من العمل الصالح، فشاءت رحمة الله أن يشرع للناس أمراً ميسوراً ليتداركوا به ما فاتهم من الواجبات، أو من أعمال البر والرحمة التي تعود على الأفراد والجماعات بالخير الشامل، والنفع الوفير، وهو الوصية. كما أن بها يستطيع الشخص أن يصل رحمه وأقرباءه، الذين لا يرثونه فيمسح عنهم حاجة الفقر، ويخفف عنهم قسوة الحياة خاصة الضعفاء منهم والبائسين،واليتامى والمساكين.

جاء في تبيين الحقائق: «إن القياس يأبى جوازها لأنها تمليك مضاف إلى حال زوال الملك، ولو أضافه إلى حال قيامه بأن قال: ملكتك غداً كان باطلاً، فهذه أولى، إلا أن الشارع أجازها لحاجة الناس إليها، لأن الإنسان مغرور بأمله مقصر في عمله، فإذا عرض له عارض وخاف الهلاك يحتاج إلى تلافي ما فاته من التقصير بماله على وجه لو تحقق ما كان يخافه يحصل مقصوده المآلي، ولو اتسع الوقت وأحوجه إلى الانتفاع به صرفه إلى احتياجه الحالي فشرعه الشارع تمكيناً منه عز وجل من العمل الصالح، وقضاء لحاجته عند احتياجه إلى تحصيل المصالح»[٢]. وإذاً لا ضير في الحالتين، وهذا من فضل الله ونعمته على عباده.

---

(١) انظر: نتائج الأفكار: ١٠/ ٤١٦ وما بعدها، والوصية: ص٣٣، والتركة: الكشكي: ص١٤٨.

(٢) تبيين الحقائق: الزيلعي ٦/ ١٨٢، وانظر: نتائج الأفكار: ٨/ ٤١٨.

المطلب الثاني
مسألة في الوصايا وبيان أثر المصلحة المرسلة في مشروعيتها

مسألة الوصية الواجبة (القانونية)

مما تقدم تبين أن الوصية غير واجبة في رأي جمهور الفقهاء إلا في حالة واحدة، وهي ما إذا كان قِبل الموصي ودائع، أو عليه ديون. فالوصية في جميع أحوالها عمل اختياري.

مشروعية الوصية الواجبة:

شرعت الوصية الواجبة لتلافي حالة كثرت منها الشكوى، وهي حالة الأحفاد الذين يموت أبوهم أو أمهم في حياة جدهم، أو جدتهم، ثم يموت الجد أو الجدة بعد ذلك، أو يموت معهم ولو حكماً، كالغرقى، ومن شروط الإرث في النظام الإسلامي: أن يموت المورث، وأن يكون الوارث حياً بعد موته، ولذا فإنهم لا يستحقون من الميراث شيئاً، لعدم تحقق الشرط.

ولقد استند الفقهاء في تشريع الوصية الواجبة إلى عدة أدلة نقلية وعقلية؛ منها ما يلي:

١ - ما نقله الفخر الرازي عن أبي مسلم الأصفهاني من القول بأن آية سورة البقرة ﴿كُتِبَ عَلَيۡكُمۡ...﴾ محكمة غير منسوخة وقرر مذهبه بوجوه:

(أ) أن هذه الآية ليست مخالفة لآية المواريث بل هي مقررة.

(ب) لا منافاة بين ثبوت الوصية للأقرباء وثبوت الميراث.

(جـ) لو ثبتت حصول المنافاة بين آية المواريث وآية الوصية لكان يمكن جعل آية الميراث مخصصة لآية الوصية، لأن هذه الآية تفهم بعمومها أن الوصية واجبة لكل قريب، وآية الميراث أخرجت القريب الوارث فبقيت أن الوصية نحو القريب الذي لا يرث إما لمانع من الإرث ككفر ورق، وإما لأنه محجوب بأقرب منه، وإما لأنه من ذوي الأرحام[1].

---

(١) تكملة المجموع شرح المهذب ١٤/ ٣٠٥- ٣٠٦.

٢- ما نقله ابن قدامة المقدسي عن الزهري أنه قال: جعل الله الوصية حقاً مما قل أو كثر، وقيل لأبي مجلز على كل ميت وصية؟ قال إن ترك خيراً، وقال أبو بكر عبدالعزيز: هي واجبة للأقربين الذين لا يرثون وهو قول داود، وحُكي ذلك عن طاووس وإياس وقتادة وابن جرير، واحتجوا بالآية وخبر ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: **(ما حق امرئ مسلم يبيت ليلتين وله شيء يريد أن يوصي به إلا ووصيته مكتوبة عنده)**[(١)]، وقالوا: نسخت الوصية للوالدين والأقربين الوارثين، وبقيت فيمن لا يرث من الأقربين[(٢)].

٣- ما ورد من آراء لبعض فقهاء التابعين وابن حزم الأندلسي ورواية لأحمد بن حنبل والتي تقوم على فهم خاص لبعض نصوص القرآن الكريم، كما اعتمدوا أيضاً على بعض القواعد الشرعية في تطويع آراء الفقهاء المذكورين للمراد من مثل أن لولي الأمر أن يأمر بالمباح لما يراه من المصلحة العامة، ومتى أمر به وجبت طاعته، وفي رأي بعض الفقهاء أمره ينشئ حكماً شرعياً، ومما له من حق تخصيص القضاء بالزمان والمكان والحادثة والشخص[(٣)].

مبدأ العمل بالوصية الواجبة:

قد كان العمل بالمحاكم المصرية يجري على وفق أرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة، الذي يرى أن الوصية ليست فرضاً ولا واجباً، كما كانت الفتوى كذلك، واستمر الأمر كذلك حتى صدر القانون رقم (٧١)، ونشر هذا القانون بالعدد رقم (٦٥) من الوقائع المصرية الصادر في يوم الاثنين ٢ من شعبان ١٣٦٥هـ الموافق أول يوليو سنة

---

(١) سبق تخريجه: ص٥٢٩ من هذا الكتاب.

(٢) المغني: ٦/ ٢.

(٣) الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون: أحمد محمد علي داود: ص١٧٩- ١٨٠.

١٩٤٦م بأحكام الوصية، فأوجبها وجعلها في منزلة وسطى بين الميراث والوصية الاختيارية ونظم أحكامها في المواد (٧٦، ٧٧، ٧٨، ٧٩)[١].

وقد عرفها القانون في مادته الأولى: بأنها «تصرف في التركة[٢] مضاف لما بعد الموت»[٣]. وبالتأمل في التعاريف المختلفة نجد أن تعريف القانون للوصية يعتبر أجمع التعاريف وأشملها لمسائل الوصية وجزئياتها بدون تأويل أو تكلف.

لأنه فضلاً عن كونه اخرج من مدلول الوصية ما لا يعد وصية اصطلاحاً، كالتمليكات المنجزة من البيع والهبة والإبراء من الديون، وكالإقرار، وكذا التمليكات المضافة إلى غير الموت، كالإجارة المضافة إلى الشهر مثلاً، قد شمل على عكس التعاريف الأخرى سائر أنواع الوصايا، سواء أكانت تمليكاً أم إسقاطاً، أو ليست تمليكاً ولا إسقاطا.

ويشمل ما إذا كان الموصي به إسقاطاً فيه معنى التمليك كالوصية بالإبراء من الدين، ويشمل ما إذا كان الموصي به حقاً من الحقوق التي ليست مالاً ولا منفعة ولا إسقاطاً. ولكنه مالي لتعلقه بالمال، كالوصية بأن تباع عين معينة من ماله لفلان بثمن معين وغير ذلك من سائر التصرفات، إذ لا يراد بالتصرف إلا ما يصدر من الموصي من قول أو فعل يترتب عليه ثبوت حق في التركة.

---

(١) انظر: المواريث والوصية والهبة في الشريعة الإسلامية والقانون: د. بدران أبو العينين بدران: ص٢١٠- ٢١١.

(٢) المراد بالتركة في كل من قانون المواريث وقانون الوصية كل ما يخلف فيه الوارث مورثه سواء أكان مالاً أم منفعة أم حقاً من الحقوق المتعلقة بالمال التي تنتقل من المورث إلى الوارث بسبب الموت.

(٣) معنى إضافة التصرف إلى ما بعد الموت: أن أثر التصرف الذي تم في حال الحياة لا يكون إلا بعد الموت.

والمراد بالتركة، كل ما يخلف فيه الوارث المورث مالاً أو منفعة أو حقاً من الحقوق الأخرى المتعلقة بالمال، والتي تنتقل بالموت من المورث إلى الوارث[١].

حقيقة الوصية الواجبة:

هذه الوصية ليست وصية خالصة كما إنها ليست ميراثاً على الحقيقة، ولكنها أشباه من الميراث مع بعض خصائص الوصية تجمعت فخرج منها ما سُمي في عرف القانون الوصية الواجبة.

فهي تشبه الميراث من وجوه منها:

١- أنها توجد وإن لم يُنشئها المتوفى، والوصية الحقيقية لا توجد إلا بإنشاء من الموصي.

٢- أنها لا تحتاج إلى قبول، ولو كانت وصية محضة لتوقفت على القبول، لأن الموصى له معين يتصور منه القبول بنفسه، أو بمن له الولاية عليه إن لم يكن أهلاً.

٣- أنها لا ترتد بالرد، والوصية الحقيقية ترتد بالرد بخلاف الميراث.

٤- أنها تقسم قسمة الميراث حتى ولو شرط الموصي تقسيمها على غير هذا الوجه إلا إذا كان ما شرطه لكل واحد يوفي بنصيبه من الوصية الواجبة.

وتخالفه من وجوه:

١- أنه يغني عنها ما أعطاه الجد لهم تبرعاً دون عوض، والميراث لا يغني عنه ذلك.

٢- أن كل أصل يحجب فرعه دون غيره، وفي الميراث كما يحجب الأصل فرعه يحجب فرع غيره ممن هو أبعد منه.

٣- أنها وجبت عِوضاً لهم عما فاتهم من ميراث أصلهم بموته قبل أن يرث من أصله، والميراث ثبت ابتداء من غير أن يكون عِوضاً عن حق ضائع[٢].

---

(١) انظر: المذكرة التفسيرية، المادة الأولى.

(٢) أحكام المواريث بين الفقه والقانون: محمد مصطفى شلبي: ص٣٨١ – ٣٨٢.

أصحاب الوصية الواجبة (القانونية):

١- تجب لأهل الطبقة الأولى من أولاد البنات وهم المسمون بأولاد البطون، فلا تجب الوصية إلا لأولاد بنات المتوفى لصلبه فقط، وأما فروع هؤلاء فلا تجب الوصية لهم.

٢- تجب الوصية لأولاد الأبناء وهم المسمون بأولاد الظهور مهما نزلت درجتهم ما داموا محجوبين عن الميراث، كابن ابن ابن مات أبوه وجده قبل موت جد أبيه وكبنات وأبناء ابن ابن ابن، وهكذا. وهكذا فإن القانون يشترط لوجوب الوصية لفروع الأبناء ألا يوجد أصل للموصى له يحجبه عن الميراث. وأن يقسم نصيب كل أصل على من يوجد من فروعه قسمة الميراث[1].

وعلى ذلك لو تعددت أصول الأحفاد: بأن كانوا أولاد بنين، أو أولاد ابن وبنت قسمت الوصية أولاً قسمة الميراث بين تلك الأصول، ثم يقسم نصيب كل أصل – وهو ابن الميت أو ابنته – على من يوجد من فروعه قسمة الميراث.

وإذا تعددت الفروع بتعدد أصولها، واختلفت في درجة القرب من صاحب التركة، فإن الأقرب يحجب الأبعد إذا كان من فروعه، ولا يحجب فرع غيره. فلو كان لشخص ابن مات في حياته وخلف زيداً وبكراً، ثم مات بكر في حياة جده أيضاً عن أولاد، فإن زيداً لا يحجب أولاد بكر، وإن كان أقرب منهم درجة إلى الميت، لأنهم ليسوا من فروعه، وتكون الوصية الواجبة بين زيد وبكر مناصفة، وما يخص زيد يأخذه، وما يخص بكر يكون لأولاده للذكر ضعف الأنثى.

---

(١) انظر: انتقال ما كان يملكه الإنسان حال حياته إلى غيره بعد موته: أحمد إبراهيم بك، و المستشار واصل علاء الدين أحمد إبراهيم: ص٩٧٥.

مقدار الوصية الواجبة (القانونية)[1]:

حدد القانون مقدار الوصية الواجبة، بما كان يستحقه المتوفى ميراثاً لو أن أصله مات في حياته، بشرط ألا يزيد ذلك النصيب عن ثلث التركة. فإن كان النصيب أكثر من الثلث، كان القدر الزائد على الثلث موقوفاً على إجازة الورثة.

فإن أوصى المتوفى لمن تجب له الوصية بأكثر مما يوجبه القانون، كان ما يساوي نصيبه وصية واجبة، وكان القدر الزائد وصية اختيارية تجري عليها أحكامها، فما كان في حدود الثلث نفذ من غير توقف على إجازة الورثة، وما زاد عنه توقف على إجازتهم. أما إذا أوصى لهم بأقل من النصيب فإنه يكمل له حقه من الثلث.

وإذا أوصى لبعض من تجب لهم الوصية دون البعض الآخر، وجب لمن لم يوص له قدر نصيبه من باقي ثلث التركة إن اتسع لذلك. فإن ضاق الثلث عنه كمل نصيب المستحق مما يكون من زيادة في نصيب من خصه بالوصية دون غيره.

وقد نص القانون على أن الوصية الواجبة مقدمة على غيرها من الوصايا الأخرى، حتى ولو كانت الوصايا الأخرى كلها أو بعضها للقربات فرضاً كانت القربات أو واجباً أو نفلاً.

فإذا لم يوص من وجبت عليه الوصية لمن وجبت لهم وكان قد أوصى لغيرهم استحق كل واحد ممن وجبت له الوصية قدر نصيبه من باقي ثلث التركة إن وفى بذلك، وإلا فمنه ومما أوصى به لغيرهم.

وفي جميع الأحوال السابقة يقسم ما يبقى من الوصية الاختيارية بين مستحقيها بالمحاصة – قسمة تناسبية – مع مراعاة أحكام الوصية الاختيارية.

---

(١) المواريث والوصية والهبة في الشريعة الإسلامية والقانون: د. بدران أبو العينين بدران: ص١٧١، ١٧٢.

شروط استحقاق الوصية الواجبة (القانونية):

يشترط لاستحقاق الوصية الواجبة شرطان:

١ - أن يكون الفرع غير وارث، لأن الوصية وجبت عوضاً عما كان يستحقه من ميراث أصله لو بقي حياً، فإذا كان وارثاً ولو قليلاً لا تجب له الوصية، كما لو خلف الميت زوجة وبنت وبنت ابن توفي في حياة أبيه، فإن بنت الابن تأخذ السدس فرضاً مع البنت تكملة الثلثين، ثم تشاركهما في الباقي بطريق الرد.

أما لو مات عن زوجة وبنتين وأب وأم وابن ابن، فإن الفرع وهو ابن الابن يستحق وصية واجبة، لأنه غير وارث، حيث لم يبق له شيء من سهام التركة يستحقه بطريق الإرث.

٢ - ألا يكون الميت قد أعطى ذلك الفرع بغير عوض قدر ما يجب له بالوصية عن طريق تصرف آخر، كأن يهبه بدون عوض أو يبيعه بيعاً صورياً.

فإذا وهبه أو باعه بدون عوض، قدر ما يجب له بالوصية فلا تجب له في التركة وصية.

وإذا كان ما أعطاه بغير عوض أقل مما يجب له، وجبت له في تركته وصية بقدر ما يكمله[1].

أثر المصلحة المرسلة في الوصية الواجبة:

مما سبق تبين أن جمهور الفقهاء يذهبون إلى أن الوصية مستحبة إجمالاً؛ ندب إليه الشارع براً بالأقربين وصدقة على المحتاجين، وأنها ليست واجبة، وأن وجوبها دينياً إنما يتعلق برد الديون أو الودائع التي ليس منها شيء ثابت عن طريق شهادة أو وثيقة مكتوبة.

والوصية الواجبة إنما هي نوع جديد من الوصايا اتخذت صفة الوجوب لكونها تنفذ قضائياً لا دينياً، أي أن القاضي هو الذي يوجبها في مال المتوفى للفئات الذين نص قانون هذه الوصية على إعطائهم سواء أوصى لهم الميت أو لم يوص، وسواء رضي الورثة أو لم يرضوا.

---

(١) أحكام الوصاية والأوقاف في الشريعة الإسلامية: د. أحمد فراج حسين: ص ١٩٤، ١٩٥.

وقد شرعت الوصية الواجبة لصنف معين من الأقارب حرموا من الميراث لوجود من يحجبهم عن ذلك. فشرعت لتلافي تلك الحالة التي كثرت منها الشكوى، وهي حالة الأحفاد الذين يموت أبوهم أو أمهم في حياة جدهم، أو جدتهم، ثم يموت الجد أو الجدة بعد ذلك، أو يموت معهم ولو حكماً، كالغرقى، ومن شروط الإرث في النظام الإسلامي: أن يموت المورث، وأن يكون الوارث حياً بعد موته، ولذا فإنهم لا يستحقون من الميراث شيئاً، لعدم تحقق الشرط.

ويعتبر موضوع الحاجة والضعف الذي يصيب فئة من أبناء الابن الذين يتوفى والدهم قبل أبيه هو ما دفع نحو تشريع قانون الوصية الواجبة... حيث لم تعد هنالك الروابط الاجتماعية والروح الأخوية والشعور الإيماني، الذي يحول دون شعور هؤلاء الصغار الذين فقدوا معيلهم وحرموا من الميراث لوجود من هو أقرب منهم إلى الميت بالحاجة أو بالفقر، في الوقت الذي يتنعم فيه عمومتهم وأبناء عمومتهم بالميراث عن جدهم، مع احتمال أن يكون المتوفي قد ساهم مساهمة كبيرة في تلك الثروة التي خلفها الجدود وورثها الأعمام وبنوهم.

ونظراً لكثرة الشكوى من هذه الحالات، وعدم التزام الأجداد بإعطاء أحفادهم من أموالهم ما يعوضهم الميراث الذي فقدوه، أو إعطائهم أقل مما يستحقون. ولما كانت قواعد الميراث، ومسائله لا تؤخذ بالرأي والاجتهاد لكونها مقدرة من الله عز وجل ورسوله عليه الصلاة والسلام، ومجمعاً عليها من قبل علماء الأمة منذ عصر الصحابة إلى يومنا هذا، فإنه لا يمكن حل هذه المعضلة عن طريق الميراث، في الوقت الذي رأى فيه بعض العلماء أن تشريع الوصية الواجبة يحقق الغرض، ويفي بالمطلوب، خاصة وأن جماعة من السلف يرون أن ضرباً من الوصية لا يزال بعد نزول آيات المواريث واجباً بآية البقرة، وهي قوله

تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ [1]، وأن النسخ لم يرد على جميع ضروب الوصية، وذلك لأن آية البقرة كانت توجب الوصية للوالدين والأقربين، والوالدان وارثان إذا استكملا شروط الميراث بمقتضى آيات المواريث قطعاً، ولا يحجبهم أحد، والأقربون لفظ عام يشمل الوارثين الذين ذكرتهم آيات سورة النساء وغير الوارثين، وقد نزلت آية المواريث فحددت نصيب الوارثين في التركة، وجاء قوله ﷺ: **(لا وصية لوارث)**[2] مانعاً من نفاذ الوصية للوارثين جبراً رعاية لحق بقية الورثة، وبقي مما لم تتعرض له آيات المواريث ولم تتعرض له الأحاديث الوصية للقريب غير الوارث[3].

ويلاحظ من خلال النصوص التي استند إليها القائلون بالوصية الواجبة، أنها جميعاً تتفق على أن الوصية للأقارب غير الوارثين واجبة في مال من ترك (خيراً)، مع شرط أن يكون ذلك بالمعروف الذي يراد به كل ما تطمئن إليه النفوس السليمة والفطر المستقيمة ولا يتنافى مع المصلحة، ولا شيء يحقق ذلك أكثر من العدل.

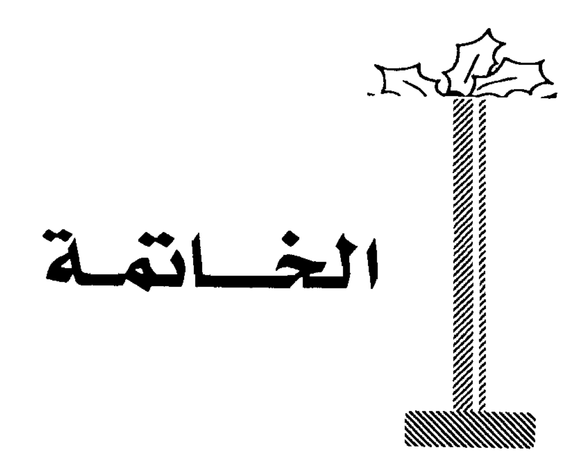


(١) سورة البقرة، الآية [١٨٠].

(٢) صحيح البخاري ٣/ ١٠٠٨، وسنن الترمذي ٤/ ٤٣٣، سنن أبي داود ٣/ ١١٤، وسنن ابن ماجه ٢/ ٩٠٥.

(٣) الدرة البهية بتحقيق مباحث الرحبية: محمد محيي الدين عبد الحميد: ص١٢٠.

الخاتمة



الخاتمة

عنوان هذا البحث – هو: «**المصالح المرسلة، وأثرها في المعاملات**»، وظاهر من خلال العنوان أن موضوع البحث دراسة موضوعين رئيسين، وإظهار مدى علاقة ثانيهما بالأول، ومن ثم اقتضت طبيعة ذلك دراسة كل منهما في خمسة فصول:

الفصل الأول: تأصيل المصلحة المرسلة.

الفصل الثاني: أثر المصلحة المرسلة في عقود المعاوضات.

الفصل الثالث: أثر المصلحة المرسلة في عقود التوثيقات.

الفصل الرابع: أثر المصلحة المرسلة في عقود الشركات.

الفصل الخامس: أثر المصلحة المرسلة في عقود التبرعات.

وقد سبق هذه الفصول الخمسة: **مقدمة** تشتمل على أهمية موضوع " المصالح المرسلة " ومكانتها، وحاجة الفقيه إلى اعتباره؛ و**تمهيد** يشتمل على تعاريف ومصطلحات من خلال توضيح بعض المسائل المتعلقة بموضوع البحث.

وقد خرج البحث بعدة نتائج مهمة:

وهذا بيان لأهم النتائج التي توصل إليها البحث، مع جملة التوصيات التي يوصي بها الباحث؛ وهي:

أهم النتائج:

١ – شمول الشريعة لأفعال المكلفين، مع رعايتها لمصالحهم، وعموم هذا الشمول للزمان والمكان وجميع أحوال الإنسان، ذلك بسبب من طبيعة مصادرها وتنوعها،وأحوال جملة نصوصها، وقيام علماء الإسلام العدول على استنباط أحكامها، وتنزيل النصوص على جزئيات الحوادث.

٢ – أن من أهم أسباب شمول الشريعة جمعها بين المرونة والثبات.

٣- أن المصلحة بالمعنى الأصولي ملازمة لمقاصد الشارع ولا يتصور انفكاكها عنها. وأن المقصود بالمصلحة هو المحافظة على مقصود الشرع، وهي خمسة: أن يحفظ عليهم دينهم، وأنفسهم، وعقلهم، ونسلهم، ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة.

٤- أن الشريعة الإسلامية جاءت لحماية مصالح العباد، ورفع الحرج عنهم.

٥- لا تلازم بين المصلحة في عرف الناس وبين المصلحة في عرف الشارع، وإذا ناقضت مصلحة الناس مصلحة الشارع، فإن مصلحة الناس ليست حقيقية بل هي مجرد أهواء وشهوات زينتها النفس وألبستها العادات والتقاليد ثوب المصلحة والمنفعة.

٦- ثبوت المصالح المرسلة، وأنها أصل من أصول الفقه والاجتهاد والتأويل والترجيح، وتحكيمها والرجوع إليها، وهي داخلة ضمن مقاصد الشرع وراجعة إلى حفظ مقصد من مقاصده.

٧- أهمية المصالح المرسلة وحاجة الفقيه المجتهد إلى اعتبارها في فهم الأحكام والقيام بالتكاليف وأداء الأحكام.

٨- المصلحة المرسلة: هي كل منفعة ملائمة لمقاصد الشرع وما تفرع عنه من قواعد كلية، فهي ما سكتت عنها الشواهد الخاصة، فلم تشهد باعتبارها أو بإلغائها.

٩- أن تكون المصلحة معقولة في ذاتها جرت على المناسبات المعقولة بحيث لو عرضت على العقول تلقتها بالقبول.

١٠- أن المصالح المرسلة لها حجيَّتها وقد أقرها جمهور من الأئمة والعلماء بجواز التشريع بناء عليها، ومنهم الإمام مالك والإمام أحمد بن حنبل، واستندوا في ذلك إلى أن الوقائع غير ثابتة والبيئات متغيرة والمصالح غير متناهية، فقد تطرأ على الأمة اللاحقة

طوارئ لم تطرأ للأمة السابقة، وقد تستوجب البيئة مصالح ما كانت تستوجبها من قبل، وقد يؤدي تغيير أخلاق الناس إلى أن يصبح مفسدة ما كان في السابق مصلحة، فلو لم نفتح الباب في الأخذ بالمصلحة المرسلة لضاقت الشريعة الإسلامية عن مصالح العباد.

١١- لا اعتبار للمصالح المرسلة إلاَّ في الأحكام معقولة المعنى كأحكام المعاملات، أما العبادات فلا اعتبار للمصلحة المرسلة فيها.

١٢- **اشترط الفقهاء شروطاً للمصالح المرسلة، وهي:**

(أ) لا بد من أن يتحقق من بناء التشريع على المصلحة المرسلة جلب مصلحة أو درء مفسدة، ومثال ذلك: **تسجيل العقود**؛ فإنه يقلل من شهادة الزور، **وتسعير السلع في الأزمات الاقتصادية**؛ فإنه يكبح جماح الجشع أو توهم التحقيق لجلب منفعة أو دفع ضرر، فهذا ما لا يصح أن نقول عنه من المصالح المرسلة.

(ب) أن تكون المصلحة التي يشرع الحكم من أجلها كلية لا جزئية، فلابد أن تشمل أكبر عدد من الناس تجلب لهم النفع وتدفع عنهم الضرر، فلا يصح حكم بناء على مصلحة خاصة لعظيم من العظماء بقطع النظر عن بقية الأفراد.

(جـ) أن لا يعارض التشريع الذي روعيت فيه المصلحة حكماً أو مبدأ ثبت بالنص أو بالإجماع: فلا يصح اعتبار المصلحة التي تقتضي مساواة الابن والبنت في الميراث؛ لأن هذه مصلحة ملغاة لمعارضتها لنص صريح من القرآن الكريم.

١٣- استدل العلماء على وجود المصالح في عصر النبوة والخلفاء الراشدين والتابعين.

١٤- أن تحديات العصر الحالي ومتطلباته تحتم ضرورة التعامل مع المنظومة بالنسبة للمصالح؛ من أجل بناء المستقبل على أسس حضارية تواكب التطور الحالي بما لا يهدم أصلاً من أصول الشريعة الإسلامية المتفق عليها بين العلماء.

١٥- اتفاق فقه المعاملات مع فروع الفقه الإسلامي من عبادات وغيرها في أن مصدرها رباني يتمثل في القرآن الكريم والسنة النبوية، إلا أن فقه المعاملات يقوم في تشريعه على أساس المبادئ العامة والقواعد الكلية، ولم يوغل في التفصيلات، كي يترك للفقهاء فرصة الاجتهاد في الصور التي يستحدثها الناس.

١٦- فقه المعاملات مبني على مراعاة العلل والمصالح، والمصالح التي قصدها الشارع في تشريع المعاملات هي مراعاة الضروريات والحاجيات والتحسينات، فأصول المعاملات ترجع إلى حفظ المال _ فهو من الضروريات الخمسة _ فمنع الإسلام من أكل المال بالباطل ومن سرقته، وطالب بتنميته واستثماره، وشرع من العقود والمعاوضات من بيع وإجارة وسلم واستصناع لسد حاجة الناس ودفع الحرج والمشقة عنهم.

١٧- أن كثيراً من الأحكام المتعلقة بالمعاملات تدور مع المصلحة التي قصدها الشارع من تشريع الحكم، فإذا تغيرت المصلحة أو تغير موجب الحكم أو أصبح لا يحقق مقصود الشارع ينبغي تغيير الحكم، وإلا كنا مناقضين لمقصود الشارع، ولهذا قرر العز بن عبد السلام أن «كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده فهو باطل»[1].

١٨- فقه المعاملات يجمع بين الثبات والمرونة، فالأحكام التي جاءت بها الشريعة الإسلامية لتكون كالأساس في بناء المعاملات اتسمت بسمة الثبات مثل التراضي في العقود والوفاء بها، وحرمة الربا والغش والاحتكار، والأحكام التي تتعلق بمقاصد الشريعة من تحقيق العدل ومنع الظلم وحفظ المال تتسم أيضاً بسمة الثبات، وأما الأحكام التي تتعلق بالوسائل أو ثبتت باجتهاد مبني على عرف فلا مانع من تغييرها عند

---

(١) قواعد الأحكام في مصالح الأنام ٢/ ١٤٣.

تغير الوسائل وتطورها وتغيير الظروف والأعراف، فالنقود مثلاً وسيلة لتقويم السلع، وقد كانت من الذهب والفضة وأصبحت من المعادن والأوراق، فتعتبر نقوداً شرعية، ولو كانت من غير الذهب والفضة.

١٩- العبرة في المعاملات بما في نفس الأمر، لا بما في ظن المكلف. وهذه القاعدة تنص على تصحيح تصرفات المكلف في مجال العقود بالنظر إلى المآل وحقيقة الأمر، بغض النظر عن ظن المكلف.

٢٠- المعاملات المالية ضرب من الأحكام التي يسوغ فيها الاجتهاد؛ وذلك لأمور:

* أن المعاملات معقولة المعنى، ويمكن الوقوف على الحِكم والمعاني المناسبة لتشريع أحكامها، وما ذاك إلاَّ لأنها ضرب من العادات، والأصل في العادات التعليل.

* أن سمة وسائل المعاملات المالية التبدل والتغير والتطور بحسب الأزمنة والأمكنة، والأحوال والعادات والأعراف الجارية. وما كان هذا شأنه فلا سبيل إلى إدراك أحكامه إلا بالاجتهاد؛ لأن إغلاق باب الاجتهاد فيه يؤدي إلى حصول المشقة والحرج على الناس، والإسلام جاء بالتيسير والتخفيف عليهم خصوصاً فيما يتعلق بهذا النوع من الأحكام.

٢١- المعاملات المالية المعاصرة تُعد مناخاً خصباً للاجتهاد، على اعتبار كثرة العقود والمعاملات المستحدثة، إضافة إلى التطور المتسارع في الأساليب والوسائل التي يتم التعاقد بواسطتها.

٢٢- أن باب المصلحة هو الوسيلة القوية في الاجتهاد في المعاملات المالية قديمة أو معاصرة، لِذا فللمصلحة المرسلة أثر كبير في المعاملات المالية الفقهية، ولا سيما أن القواعد الفقهية المبنية على هذا الدليل كان لها حضور قوي في مختلف أبواب الفقه ومسائله المتنوعة.

٢٣- أن الإسلام في تشريعه لعقود المعاملات المالية من بيع وإجارة وشركة ورهن وهبة راعى حاجات الناس وضروراتهم، فهم لا يستغنون عن التعامل بهذه العقود.

٢٤- أن عقد الاستصناع: هو «عقد مقاولة مع صاحب الصنعة على أن يعمل شيئا»، وقد اعتبر العلماء هذا العقد من المصالح المرسلة.

٢٥- يمكن تطبيق عقد الاستصناع للتمويل في جميع المشاريع الصناعية، وهذا هو مجال واسع للبنوك الإسلامية بأن تقوم بتمويل هذه المشاريع الصناعية وشراء المصنوعات على أساس عقد الاستصناع، وكذلك مشاريع البناء ونحوها مما فيه صناعة.

٢٦- ضرورة الأخذ بالمصالح المرسلة في المصارف الإسلامية من خلال التطبيقات المعاصرة لعقد السلم المشروع بالكتاب والسنة والإجماع، وبذلك يمكن للمصرف الإسلامي أو غيره من المستثمرين أرباب الأموال التوصل من خلال عقد السلم إلى تمويل النشاطات الزراعية والصناعية والتجارية على النظام الفردي ونظام المشاريع الكبيرة، على أن تكون مصلحة المصرف الإسلامي في الحصول على مواد آجله بسعر عاجل ورخيص نسبياً، ثم يقوم بعد قبضهابتسويقها بثمن الحاضر أو بثمن مؤجل.

٢٧- نرى أن التحويلات البنكية أمر جائز لا شبهة فيه؛ لأن ما يأخذه البنك من مصاريف هو مقابل خدمة وعمل يقوم به البنك للعميل.

٢٨- ونرى أيضاً أن تقسيط الشراء أمر جائز شرعاً، وقد أجاز جمهور العلماء البيع لأجل مع زيادة الثمن. وهذا ليس ربا وللبائع أن يزيد في الثمن لاعتبارات يراها ما لم تصل إلى حد الاستغلال الفاحش والظلم البين، وإلا صارت حراماً.

٢٩- بالأخذ بالمصالح المرسلة في الأسهم والسندات يتضح أن إصدار الأسهم وملكيتها وبيعها وشراءها والتعامل بها حلال لا حرج فيه، ما لم يكن عمل الشركة التي

تكونت من مجموع الأسهم مشتملاً على محظور، كصناعة الخمر وبيعها «التجارة فيها مثلاً»، أو كانت تتعامل بالفوائد الربوية إقراضاً أو استقراضاً أو نحو ذلك، أما السندات فشأنها غير الأسهم لاشتمالها على الفوائد الربوية المحرمة.

٣١- وجوب الأخذ بالمصلحة المرسلة في المظاهر الحديثة لـ " الهبة " ومنها التبرع بالأعضاء، والتبرع بالدم ونقله من إنسان لإنسان آخر. طبقاً للشروط التي تم ذكرها في مبحث: (أثر المصلحة المرسلة في الهبة).

٣١- الأخذ بالمصالح في التأمين ضد الحوادث؛ لأن هذا النظام مع التقدم الصناعي فإن تطبيقه فيه مقومات التكافل الاجتماعي، بمعنى أن يدفع مالك السيارة أو المصنع اشتراكاً شهرياً أو سنوياً ويؤمن على مصنعه أو سيارته بمبلغ تحدده اللائحة المنظمة لمثل هذا العمل المستحدث، وبهذا يتضامن الجميع في المشاركة الفعلية لأي إنسان، ولا حرج في ذلك. كما أنه لا حرج أن تقوم شركات التأمين ضد الحوادث باستغلال أموالها في أي مشروع استثماري بأي نظام بشرط أن لا يستغل المال في أشياء محرمة.

٣٢- نؤكد على أهمية الأخذ بالمصالح المرسلة في التأمين الصحي لموظفي الدولة ومن في حكمهم، فهو نظام قائم على المساعدة ورفع العبء عن الفقراء، ولا ضرر فيه لأنه في المقام الأول يرتكز على مصلحة الأفراد ولا مانع من استغلال موارد التأمين الصحي في الأمور المباحة شرعاً.

ومن التوصيات:

١-أن تقوم المجامع الفقهية الإسلامية ومجالس الإفتاء في الدول الإسلامية بدراسة واقع هذه المسائل المستجدة، وتطبيق القواعد الفقهية على هذه المسائل، والاجتهاد فيها حتى تتضح الصورة في التعامل مع هذه المعاملات الطارئة.

٢-تطبيق ما توصَّل إليه العلماء – سواء في المجامع الفقهية أو مجالس الإفتاء- في حكمهم على هذه المسائل بمنع ما كان محرماً، وإجازة ما كان حلالاً وتنظيمه، ونشر ذلك عبر وزارتي التربية والتعليم في مراحل التعليم الإعدادي والثانوي والجامعي، كما يحبذ توعية ذلك عبر برامج القنوات الفضائية من ذوي الاختصاصات الإعلامية.

٣-أن تزيد البنوك من اهتمامها بالناحية الشرعية، فتجمع الفقهاء والاقتصاديين في كل معاملة جديدة وعقد جديد؛ حتى لا يتم بها إلاّ بعد التأكد التام من شرعية هذه العقود.

٤-أن تقوم الدول الإسلامية بتشجيع البنوك والشركات التي تقوم على المعاملات الإسلامية الصحيحة.

٥-دعوة الدول الإسلامية للعمل على إقامة مؤسسات التأمين التعاوني وكذلك مؤسسات تعاونية لإعادة التأمين، حتى يتحرر الاقتصاد الإسلامي من الاستغلال ومن مخالفة النظام الذي يرضاه الله لهذه الأمة.

هذا آخر ما توصَّل إليه البحث، يصحبه عجز صاحبه وذنبه... «وإلى الله – تعالى ذكره – جزيل الضراعة والمنة بقبول ما منه لوجهه، والعفو عما تخلله من تزينٍ وتصنع لغيره» [١] آمين.

وصل الله على نبينا محمدٍ، وعلى آله وصحبه أجمعين.

والحمد لله رب العالمين

---

(١) من خاتمة كتاب الشفا للقاضي عياض ٢/ ٣١٢.



الفهـــارس

وتشمل:

أولاً: فهرس الآيات.

ثانياً: فهرس الأحاديث النبوية، والآثار الشريفة.

ثالثاً: فهرس الأعلام.

رابعاً: فهرس المصادر والمراجع.

خامساً: فهرس الموضوعات.



أولاً: فهرس الآيات القرآنية

الآية	رقمها	الصفحة
البقرة		
﴿هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ لَكُم مَّا فِى ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا﴾	٢٩	٤٣٠
﴿فَوَلُّواْ وُجُوهَكُمْ شَطْرَهُۥ لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَيْكُمْ حُجَّةٌ﴾	١٥٠	٧٣
﴿وَتَصْرِيفِ ٱلرِّيَٰحِ وَٱلسَّحَابِ ٱلْمُسَخَّرِ بَيْنَ ٱلسَّمَآءِ وَٱلْأَرْضِ﴾	١٦٤	١٩٢
﴿فَمَنِ ٱضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ﴾	١٧٣	٦٣ـ١٥١ـ٥١٢ـ٥١٥
﴿وَءَاتَى ٱلْمَالَ عَلَىٰ حُبِّهِۦ ذَوِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَٰمَىٰ وَٱلْمَسَٰكِينَ﴾	١٧٧	٤٩٨
﴿وَلَكُمْ فِى ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ يَٰٓأُو۟لِى ٱلْأَلْبَٰبِ﴾	١٧٩	٧٣ـ١٠٠ـ١٢٩
﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا ٱلْوَصِيَّةُ﴾	١٨٠	٥٢٨ـ٥٣٩
﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى ٱلَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ﴾	١٨٣	٧٣
﴿وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾	١٨٨	١٦٦
﴿وَلَا تُلْقُواْ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى ٱلتَّهْلُكَةِ﴾	١٩٥	٥٠٣ـ٥٠٤ـ٥٢١ـ٥٢٤
﴿يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْخَمْرِ وَٱلْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَآ إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَٰفِعُ لِلنَّاسِ﴾	٢١٩	١٠٧
﴿وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْمَحِيضِ﴾	٢٢٢	٩٩
﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ﴾	٢٢٩	١٠٥
﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ إِن ظَنَّآ أَن يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ﴾	٢٣٠	١٠٥
﴿وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ﴾	٢٤١	١٠٥
﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾	٢٧٥	١٩٠ـ٢٤٣
﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾	٢٨٢	١٣٧
﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ﴾	٢٨٢	٢٤٠ـ٢٧٥ـ٢٧٦ـ٢٨١
سورة آل عمران		
﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾	٣٧	٣٦٩
﴿وَٱعْتَصِمُواْ بِحَبْلِ ٱللَّهِ جَمِيعًا وَلَا تَفَرَّقُواْ﴾	١٠٣	٩٩

الآية	رقمها	الصفحة
﴿إِنَّ فِي خَلْقِ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَاخْتِلَافِ اللَّيْلِ وَالنَّهَارِ لَآيَاتٍ لِأُولِي الْأَلْبَابِ﴾	١٩٠	١٠٠
سورة النساء		
﴿فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾	٤	٤٩٨
﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا ۖ وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا﴾	١٠	١٨٠
﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ ۖ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ.. ... مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾	١١	١٠٦ـ١٠٨ـ٥٢٨
﴿فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ﴾	١٢	٤١٢
﴿وَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾	٢٥	٣١٢
﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾	٢٩	١٦٩ـ١٩١ـ١٩٦ـ ٢٢٢ـ٢٢٦ـ٢٤٣
﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾	٢٩	١٠٦
﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾	٥٨	٩٥
﴿وَإِذَا حُيِّيتُمْ بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوهَا﴾	٨٦	٤١٩
﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ إِنْ خِفْتُمْ﴾	١٠١	٣٨٥
﴿رُسُلًا مُبَشِّرِينَ وَمُنْذِرِينَ﴾	١٦٥	٧٣ـ١٥١
سورة المائدة		
﴿الَّذِينَ يَا أَيُّهَا آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾	١	١٦٩ـ٢٢١ـ٢٣٠ـ٤١٢
﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ ۖ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾	٢	٤٣١ـ٤٣٣ـ٤٣٥ـ٤٤٢
﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي ..﴾	٣	٧٥ـ٢٩٩
﴿فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ ۙ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾	٣	٦٣ـ١٥١
﴿مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ﴾	٦	٧٣ـ٤٧٠

الآية	رقمها	الصفحة
سورة الحشر		
﴿كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنكُمْ﴾	٧	٤٣٣
﴿مَّا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَىٰ..﴾ إلى قوله تعالى: ﴿وَلَا تَجْعَلْ فِي قُلُوبِنَا غِلًّا لِّلَّذِينَ آمَنُوا رَبَّنَا إِنَّكَ رَءُوفٌ رَّحِيمٌ﴾	٧-١٠	٤٦٨، ٤٦٩
سورة الطلاق		
﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾	٦	٣١٤
سورة الملك		
﴿أَلَا يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ اللَّطِيفُ الْخَبِيرُ﴾	١٤	١٠٥
سورة القيامة		
﴿أَيَحْسَبُ الْإِنسَانُ أَن يُتْرَكَ سُدًى﴾	٣٦	٧٥
سورة المدثر		
﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾	٣٨	٣٤٦





ثانياً: فهرس الأحاديث الشريفة النبوية والآثار[1]

الحديث أو الأثر	الصفحة
حرف الألف	
(احبس أصلها وسبل ثمرتها)	٤٦٧
(إذا ابتعت بيعاً فلا تبعه حتى تقبضه)	٢٨٢
(إذا ابتعت طعاماً فلا تبعه حتى تستوفيه)	٢٨٣
(إذا كانت الدابة مرهونة فعلى المرتهن علفُها..)	٣٦٨-٣٧٠
(إذا مات الإنسان انقطع عمله إلا من ثلاث...)	٤٦٩-٤٨٤، ٤٨٨
(اركبيه فإن الحج والعمرة في سبيل الله)	٤٨٢
(أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى قد أحلّه الله في كتابه*)	٢٧٦
(اصطنع خاتماً من ذهب *)	٣٠٢
(اعلم أنك إن مت قبل أن تنقضي عدتها ورثتها منك*)	١٣٤
(اغزوا باسم الله في سبيل الله...)	٥٠٧
(اللهم وليديه فاغفر)	٥٠٦
(إن الله أنزل الداء والدواء، وجعل لكل داءٍ دواءً فتداووا..)	٥٢١
(إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم..)	٥٣١
(إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم)	٥٢٣
(إِنَّ اللهَ هُوَ الْمُسَعِّرُ الْقَابِضُ الْبَاسِطُ الرَّازِقُ..)	١٤٧
(أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ اشْتَرَى طَعَامًا مِنْ يَهُودِيٍّ ...)	١٩١-٢٤٠
(أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَعْطَاهُ دِينَارًا يَشْتَرِي لَهُ بِهِ شَاةً)	١٩١
(أن ينزع لها كل ذَنُوب بتمرة*)	٣١٥
(أَنَا وَكَافِلُ الْيَتِيمِ فِي الْجَنَّةِ هَكَذَا)	٣٦٩

(١) يتميز الأثر بوضع هذه العلامة (*) بعده مباشرة.

الحديث أو الأثر	الصفحة
(انظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما)	١٢٣
(إنما الطلاق لمن أخذ بالساق)	١٠٦
(إنها من الطوافين عليكم)	١٣٩-٨٠
(أني أخشى أن يستحرَّ القتل بالقرَّاء *)	٩٣
(الإِيمَانُ بِضْعٌ وَسَبْعُونَ أَوْ بِضْعٌ وَسِتُّونَ شُعْبَةً...)	١٢١
حرف الباء	
(البيعان بالخيار ما لم يتفرقا...)	٢٢١
حرف التاء	
(تداووا فإن الله عز وجل لم يضع داءً إلا وضع له شفاء)	٥٢١-٥٢٠
(تهادوا تحابوا)	٤٩٨
حرف الثاء	
(ثَلاثَةٌ أَنَا خَصْمُهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ)	٣١٥
حرف الدال	
(الدينار بالدينار، والدرهم بالدرهم لا فضل بينهما..)	١٩٧
حرف الراء	
(الرهن مركوب ومحلوب)	٣٥٨
حرف السين	
(سئل رسول الله ﷺ عن العربان في البيع، فأحله)	٢٢٨
(سمعت النبي ﷺ ينهى عن بيع المزايدة)	٢١٣
حرف الظاء	
(الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً)	٣٥٨
حرف الفاء	
(فَإِمَّا لا فَلا تَتَبَايَعُوا حَتَّى يَبْدُوَ صَلاحُ الثَّمَرِ)	١٧٦
(فإنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم)	١٢٣
(في كل أربعين شاةً شاة)	١٤٢
حرف اللام	
(لا بَأْسَ أَنْ تَأْخُذَهَا بِسِعْرِ يَوْمِهَا مَا لَمْ تَفْتَرِقَا وَبَيْنَكُمَا شَيْءٌ)	٢٨٤-٢٠٢

الحديث أو الأثر	الصفحة
(لا تبع ما ليس عندك)	٢٨١
(لا تبيعن شيئاً حتى تقبضه)	٢٨٢
(لا تَبِيعُوا الذَّهَبَ بِالذَّهَبِ إِلاَّ سَوَاءً بِسَوَاءٍ..)	١٩٦
(لا تجتمع أمتي على ضلالة)	١٣٢
(لا تحقرن جارة أن تهدي لجارتها ولو فِرْسن شاة)	٤٩٧، ٤٩٨
(لا ضَرَرَ ولا ضِرَار)	٩٢ـ١٢١
(لا وصية لوارث)	٥٣٩
(لا يَحِلُّ سَلَفٌ وَبَيْعٌ وَلا شَرْطَانِ فِي بَيْعٍ ...)	٢٤٥
(لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه)	٢٥٢ـ٢٥٣
(لا يَحْلُبَنَّ أَحَدٌ مَاشِيَةَ امْرِئٍ بِغَيْرِ إِذْنِهِ)	٣٦١
(لا يرث القاتل)	٦٥
(لا يَسُمْ المسلم على سوم أخيه)	٢١١
(لا يصلح الناس إلاَّ ذاك*)	٧٠ـ١٣٤
(لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه له غنمه..)	٣٥١ـ٣٥٧ـ٣٦٣
(لِتَأْخُذُوا مَنَاسِكَكُمْ)	١٧٤
(لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعاً *)	١٢٧
(لك في بيتك شيء؟)	٢٠٨

حرف الميم

الحديث أو الأثر	الصفحة
(المؤمن للمؤمن كالبنيان يشد بعضه بعضاً)	٤٣٣
(ما حق امرئ مسلم يبيت ليلتين وله شيء يريد أن يوصي به)	٥٢٩ـ٥٣٢
(ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن*)	٣٩ـ٤٨٣
(ما كان يداً بيد فخذوه، وما كان نسيئة فذروه)	٤١٢
(ماذا تصنع إن عرض عليك القضاء؟)	٢٨ـ٦٨
(المُتَبَايِعَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ عَلَى صَاحِبِهِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا)	٢٥٩
(مثل المؤمنين في توادهم وتراحمهم وتعاطفهم كمثل الجسد الواحد)	٤٣٥
(المسلمون عند شروطهم...)	٢٢٨ـ٤١٢



ثالثاً: فهرس الأعلام المترجم لهم

العلم	الصفحة

حرف الألف

حرف الباء

حرف التاء

حرف الجيم

حرف الحاء

العلم	الصفحة

❁ ❁ ❁

رابعاً: المصادر والمراجع

أولاً: القرآن الكريم: برواية حفص عن عاصم الكوفي.

ثانياً: كتب التفسير:

١. أحكام القرآن: أحمد بن علي الرازي الجصَّاص، الطبعة الأولى، بيروت، دار الكتاب العربي.

٢. أحكام القرآن: لأبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، ط١، مصر، دار إحياء الكتب العربية، عام ١٣٧٦هـ-١٩٥٧م.

٣. إرشاد العقل السليم إلى مزايا القرآن الكريم (تفسير أبي السعود): لأبي السعود محمد بن محمد العمادي (ت٩٥١هـ)، دار إحياء التراث العربي - بيروت.

٤. تفسير التحرير والتنوير: محمد الطاهر بن عاشور، طبعة الدار التونسية.

٥. تفسير القرآن العظيم: لأبي الفداء إسماعيل بن كثير القرشي، طبعة دار الفكر.

٦. تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان: عبد الرحمن بن ناصر السعدي، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط٥، ١٩٩٧م.

٧. جامع البيان عن تأويل آي القرآن: لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري (ت٣١٠هـ)، بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٢هـ/ ١٩٩٢م.

٨. الجامع لأحكام القرآن: محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح القرطبي أبو عبد الله (ت٦٧١هـ)، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ١٤٠٥هـ/ ١٩٨٥م.

٩. فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير: لمحمد بن علي الشوكاني، تحقيق: سيد إبراهيم، دار زمزم، ط١، ١٤١٣هـ.

١٠. المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز: لأبي محمد عبد الحق بن غالب بن عطية الأندلسي (ت٥٤٢هـ)، الدوحة، مؤسسة دار العلوم.

١١. مختصر تفسير القرطبي، اختصره وخرج أحاديثه عرفان حسونة، ط١، دار الكتب العلمية - بيروت ١٤٢٢هـ/ ٢٠٠١م.

١٢. المفردات في غريب القرآن: لأبي القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني (ت٥٠٢هـ)، تحقيق: محمد سيد كيلاني، مصر، مطبعة مصطفى البابي الحلبي.

ثالثاً: كتب الحديث وعلومه:

١٣. تحفة الأحوذي شرح سنن الترمذي: محمد بن عبد الرحمن بن عبد الرحيم أبو العُلا المباركفوري (ت ١٣٥٣هـ)، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٠هـ-١٩٩٠م.

١٤. تلخيص الحبير: لابن حجر العسقلاني، القاهرة، مكتبة الكليات الأزهرية.

١٥. الجامع لأحاديث البيوع لسامي بن محمد الخليل، المملكة العربية السعودية - الدمام، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى، ربيع الثاني ١٤٢٢هـ.

١٦. سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام: محمد بن إسماعيل الصنعاني، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ١٣٧٩هـ.

١٧. سنن البيهقي الكبرى: لأحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، تحقيق: محمد عبدالقادر عطا، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة، طبعة ١٤١٤هـ-١٩٩٤م.

١٨. سنن الترمذي: أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي السلمي (ت ٢٧٩هـ)، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

١٩. سنن الدار قطني: الإمام الدار قطني، دار عالم الكتب - بيروت ١٩٨٦م.

٢٠. سنن أبي داود: سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني الأزدي (ت٢٧٥هـ)، مراجعة: محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الفكر.

٢١. سنن ابن ماجه: محمد بن يزيد القزويني ابن ماجه أبو عبد الله (ت٢٧٥هـ)، مراجعة: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر - بيروت.

٢٢. السنن الكبرى: لأبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي (ت ٣٠٣هـ)، تحقيق: د.عبد الغفار سليمان البنداري، سيد كسروي حسن، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية- بيروت، ١٤١١هـ-٩٩١م.

٢٣. شرح صحيح مسلم: لأبي زكريا يحيى بن شرف بن مري النووي (ت ٦٧٦هـ)، تحقيق: خليل شيحا، ط١ بيروت، دار المعرفة، ١٤١٤هـ/ ١٩٩٤م.

٢٤. صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان: لأبي حاتم محمد بن حبَّان بن أحمد التميمي البستي (ت٣٥٤هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة- بيروت، الطبعة الثانية، ١٤١٤هـ١٩٩٣م.

٢٥. صحيح البخاري: لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي (ت٢٥٦هـ)، تحقيق الدكتور مصطفى ديب البغا، الطبعة الثالثة، سنة١٤٠٧هـ-١٩٨٧م، دار ابن كثير، اليمامة- بيروت.

٢٦. صحيح مسلم: لمسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري(ت ٢٦١هـ)، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

٢٧. طرح التثريب في شرح التقريب لعبد الرحيم بن الحسين العراقي وابنه ولي الدين، بيروت، دار الكتب العلمية- بيروت، ط١، ١٤٢١هـ/ ٢٠٠٠م.

٢٨. عمدة القارئ شرح صحيح البخاري للشيخ بدر الدين أبي محمد محمود بن أحمد العيني، دار الفكر.

٢٩. عون المعبود بشرح سنن أبي داود: لأبي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي، تحقيق: عبد الرحمن محمد عثمان، بيروت، دار الفكر، ط٣، ١٣٩٩هـ/ ١٩٧٩م.

٣٠. فتح الباري بشرح صحيح البخاري: لابن حجر العسقلاني، ط٤، دار إحياء التراث العربي، بيروت ١٩٨٨م.

٣١. فتح المبين لشرح الأربعين للعلامة أحمد بن حجر الهيثمي، دار الكتب العلمية – بيروت، ١٣٩٨هـ.

٣٢. مجمع الزوائد: علي بن أبي بكر الهيثمي(ت٨٠٧هـ)، دار الريان للتراث- دار الكتاب العربي، القاهرة- بيروت، طبعة سنة ١٤٠٧هـ.

٣٣. المستدرك على الصحيحين: لأبي عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري (ت٤٠٥هـ) ، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية- بيروت، الطبعة الأولى، سنة١٤١١هـ-١٩٩٠م.

٣٤. مسند الإمام أحمد: لأبي عبد الله أحمد بن حنبل الشيباني(ت ٢٤١هـ)، مؤسسة قرطبة- مصر، بدون تاريخ طبع.

٣٥. المصنف لابن أبي شيبة، منشورات إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، باكستان- كراتشي.

٣٦. المنتقى شرح موطأ الإمام مالك: الباجي، ط١، دار الكتاب العربي، بيروت.

٣٧. الموطأ: الإمام مالك، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي- مصر، ١٣٧٠هـ/ ١٩٥١م.

٣٨. نصب الراية لأحاديث الهداية: عبد الله بن يوسف أبو محمد الحنفي الزيلعي (ت٧٦٢هـ)، ط٢، بيروت، المكتب الإسلامي، ١٣٩٣هـ.

٣٩. نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار: لمحمد بن علي الشوكاني، بيروت، دار ابن حزم، ١٤٢١هـ/ ٢٠٠٠م.

رابعاً: كتب العقائد والملل:

٤٠. **الإرشاد إلى قواطع الأدلة في أصول الاعتقاد لإمام الحرمين الجويني**، تحقيق:د. محمد يوسف موسى، علي عبد المنعم،مصر، مكتبة الخانجي، ١٣٩٦هـ/ ١٩٥٠م.

٤١. **التمهيد في الرد على الملحدة والمعطلة والرافضة والخوارج والمعتزلة**، لأبي بكر محمد بن الطيب بن الباقلاني، القاهرة - دار الفكر العربي ١٣٦٦ هـ/ ١٩٤٧م.

٤٢. **الحكمة والتعليل في أفعال الله تعالى**: للدكتور محمد ربيع هادي المدخلي، مصر- دمنهور، ط١، ١٤٠٩هـ/ ١٩٨٨م.

٤٣. **شفاء العليل في مسائل القضاء والقدر والحكمة والتعليل**: محمد بن أبي بكرأبو عبد الله المعروف بابن القيم الجوزية، القاهرة، مكتبة دار التراث. بدون تاريخ طبع.

٤٤. **غاية المراد في علم الكلام**: لسيف الدين الآمدي، تحقيق: حسن محمود عبد اللطيف، الجمهورية العربية المتحدة: المجلس الأعلى للشئون الإسلامية،١٣٩١هـ.

٤٥. **معجم الباقلاني في كتبه الثلاث: التمهيد والإنصاف والبيان** لسمير فرحات، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع- بيروت، ط١، ١٤١١هـ/ ١٩٩١م.

٤٦. **الملل والنحل**: محمد بن عبد الكريم بن أبي بكر أحمد الشهرستاني (ت ٥٤٨هـ) ، تحقيق: محمد بن فتح الله بدارن، مصر، مطبعة الأزهر، ١٣٧٠هـ/ ١٩٥١م.

٤٧. **مدارج السالكين بين منازل إياك نعبد وإياك نستعين** لمحمد بن أبي بكر أيوب ابن القيّم الزرعي أبوعبد الله (٧٢٨هـ)، تحقيق: محمد حامد الفقي، بيروت، دار الكتاب العربي، ١٣٩٢هـ/ ١٩٧٢م.

٤٨. **منهاج السنة النبوية**: لشيخ الإسلام أحمد بن عبد الحليم ابن تيمية، مطبوعات جامعة الإمام محمد ابن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، ط١، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.

٤٩. **المواقف بشرح الجرجاني للإيجي**، مصر، مطبعة السعادة ١٣٥٢هـ .

خامساً: كتب أصول الفقه وقواعده:

٥٠. **الإبهاج في شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوي**: علي بن عبد الكافي السبكي (ت٧٥٦هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٤هـ.

٥١. **الإحكام شرح أصول الأحكام** لعبد الرحمن بن محمد بن قاسم النجدي، الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ.

٥٢. **الإحكام في أصول الأحكام** لعلي بن أحمد بن حزم الأندلسي أبو محمد (ت٤٥٦هـ)، دار الحديث، القاهرة، الطبعة الأولى ١٤٠٤هـ.

٥٣. **الإحكام في أصول الأحكام** لعلي بن محمد الآمدي أبو الحسن(ت٦٣١هـ)، تحقيق: د.سيد الجميلي، دار الكتاب العربي- بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٤هـ.

٥٤. **الاختيار لتعليل المختار** لعبد الله بن محمود بن مولود الموصلي الحنفي، ، دار المعرفة- بيروت، ط٣، ١٣٩٥هـ.

٥٥. **إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول** لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني (ت١٢٥٠هـ)، تحقيق: محمد سعيد البدري، دار الفكر- بيروت، ط١، سنة ١٤١٢هـ- ١٩٩٢م.

٥٦. **الأشباه والنظائر** لابن السبكي، تحقيق عادل عبد الموجود، بيروت، ١٤١١هـ- ١٩٩١م.

٥٧. **الأشباه والنظائر** لجلال الدين عبد الرحمن السيوطي، مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ١٩٥٩م.

٥٨. **أصول السرخسي** لمحمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي أبو بكر(ت٤٩٠هـ)، تحقيق: أبو الوفا الأفغاني، دار المعرفة- بيروت، ١٣٧٢هـ.

٥٩. **الاعتصام** لإبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي الشاطبي (ت٧٩٠هـ)، دار المعرفة، بيروت- لبنان، سنة ١٣٣٢هـ.

٦٠. **إعلام الموقعين عن رب العالمين**، لأبي عبد الله محمد بن أبي بكر الشهير بابن القيم الجوزية، تحقيق: محمد محي الدين، بيروت، دار الفكر، ط٢، ١٣٩٧هـ/ ١٩٧٧م.

٦١. **البحر المحيط** لبدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي الشافعي، الكويت ، الطبعة الأولى، وزارة الأوقاف بالكويت.

٦٢. **البرهان في أصول الفقه** لعبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني إمام الحرمين (ت٤٧٨هـ)، تحقيق: د. عبد العظيم محمود الديب، دار الوفاء، المنصورة – مصر، الطبعة الرابعة، ١٤١٨هـ .

٦٣. **تخريج الفروع على الأصول**: محمود بن أحمد الزنجاني (ت: ٦٥٦هـ)، تحقيق: د. محمد أديب صالح، بيروت: مؤسسة الرسالة، ط٣، ١٣٩٨هـ/ ١٩٧٩م.

٦٤. **التقرير والتحبير** لابن أمير الحاج الحلبي (ت٨٢٩هـ)، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.

٦٥. تيسير التحرير لمحمد أمين بادشاه المعروف بأمير بادشاه الحسيني، دار الكتب العلمية- بيروت.
٦٦. حاشية العطار على شرح الجلال المحلى على جمع الجوامع للشيخ حسن العطار، مطبعة مصطفى محمد، سنة ١٣٥٨هـ.
٦٧. حاشية محمد عبده على شرح الجلال على العضدية، استانبول: المطبعة العثمانية، ١٣١٦هـ.
٦٨. روضة الناظر وجنة المناظر لعبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد (٥٤١- ٦٢٠هـ)، تحقيق: د. عبد العزيز عبد الرحمن السعيد، جامعة الإمام محمد بن سعود- الرياض، الطبعة الثانية، ١٣٩٩هـ.
٦٩. سلم الوصول لشرح نهاية السول، بهامش نهاية السول في شرح منهاج الأصول للبيضاوي، عالم الكتب- القاهرة، سنة ١٣٤٣هـ.
٧٠. شرح البدخشي للقاضي البيضاوي، مصر، مطبعة محمد علي صبيح وأولاده.
٧١. شرح التلويح على التوضيح لسعد الدين التفتازاني، دار الكتب العلمية- بيروت.
٧٢. شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول: لشهاب الدين أبو العباس أحمد بن أدريس القرافي (ت٦٨٤هـ)، تحقيق: عبد الرءوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية – القاهرة.
٧٣. شرح الكوكب المنير لتقي الدين أبي البقاء الفتوحي، تحقيق:الدكتور محمد الزحيلي، والدكتور نزيه حماد، السعودية: جامعة الملك عبد العزيز، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية ١٤٠ هـ/ ١٩٨٠م.
٧٤. شفاء الغليل في مسائل التعليل للإمام محمد بن محمد الغزالي، تحقيق د. أحمد الكبيسي، مطبعة الإرشاد، بغداد ١٣٩٠هـ/ ١٩٧١م، طبعة وزارة الأوقاف العراقية.
٧٥. الفروق لشهاب الدين القرافي، دار المعرفة، بيروت.
٧٦. فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت لمحمد بن نظام الدين الأنصاري، على هامش المستصفى للغزالي، مؤسسة الحلبي وشركاه للنشر والتوزيع – القاهرة، ١٣٢٢هـ.
٧٧. قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام، تحقيق: عبد الغني الدقر ، دمشق: دار الطباع، ١٤١٣هـ/ ١٩٩٢م.

٧٨. **القواعد النورانية الفقهية** لشيخ الإسلام ابن تيمية، تحقيق: محمد حامد الفقي، ط١، ١٣٧٠هـ، مطبعة السنة المحمدية.

٧٩. **قوانين الأحكام الشرعية** لمحمد بن جزي الكلبي، مكتبة عالم الفكر، القاهرة.

٨٠. **كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام** لعلاء الدين أحمد البخاري البزدوي، دار الكتاب العربي - بيروت، طبعة سنة ١٣٩٤هـ.

٨١. **المحصول في علم أصول الفقه** للإمام فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين الرازي (ت ٦٠٦هـ)، تحقيق: طه جابر فياض العلواني، مطبوعات جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية - الرياض، الطبعة الأولى، سنة ١٤٠٠هـ.

٨٢. **المستصفى من علم الأصول** لمحمد بن محمد الغزالي أبو حامد (ت٥٠٥هـ)، دار الفكر - بيروت.

٨٣. **مرآة الأصول في شرح مرقاة الوصول في أصول الفقه** لمنلا خسرو، الأزميري، مصر - المكتبة الإسلامية للتراث، ٢٠٠٢م.

٨٤. **مقاصد الشريعة الإسلامية** لمحمد الطاهر بن عاشور، تحقيق: محمد الطاهر الميساوي، الأردن، دار النفائس، ط٢، ٢٠٠١م.

٨٥. **المنثور في القواعد**: محمد بن بهادر الزركشي، مطبعة الفليج، الكويت، ١٤٠٢هـ/ ١٩٨٢م.

٨٦. **المنخول من تعليقات الأصول** لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي، تحقيق: محمد حسن هيتو، دار الفكر.

٨٧. **الموافقات في أصول الشريعة** لإبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي أبو إسحاق الشاطبي (ت٧٩٠هـ)، تحقيق مشهور حسن، دار المعرفة - بيروت، ودار عثمان بن عفان، الطبعة الأولى.

٨٨. **ميزان الأصول في نتائج العقول** لأبي بكر محمد بن أحمد السمرقندي(ت٥٣٩هـ)، تحقيق: د. محمد زكي عبد البر، مطابع الدوحة الحديثة - قطر، ط٢، ١٤١٨هـ.

٨٩. **نقد مراتب الإجماع** لشيخ الإسلام ابن تيمية طبع مع مراتب الإجماع لابن حزم، تحقيق: لجنة دار إحياء التراث ط٣، دار الآفاق الجديدة - بيروت، ١٤٠٢هـ/ ١٩٨٢م.

سادساً: كتب الفقه ومذاهبه:

٩٠. **الإجماع** لابن المنذر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط٢، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م.

٩١. **الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية** لعلي بن محمد البعلي، تحقيق محمد حامد الفقي، دار المعرفة، بيروت.

٩٢. **الاستذكار في مذاهب علماء الأمصار**: ابن عبد البر، بيروت، دار الكتب العلمية، ط١، ٢٠٠٠م.

٩٣. **أسنى المطالب شرح روض الطالب** لأبي يحيى زكريا الأنصاري، المطبعة الميمنية، مصر ١٣١٣هـ.

٩٤. **أسهل المدارك شرح إرشاد السالك** – أبي بكر حسن الكشناوي ، ط١، مطبعة مصطفى البابي الحلبي – القاهرة.

٩٥. **إعانة الطالبين** لأبي بكر محمد الدمياطي البكري، القاهرة، مطبعة دار الكتب العربية.

٩٦. **الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل**: لشيخ الإسلام المحقق أبي النجا شرف الدين الحجاوي المقدسي، مكتبة الرياض الحديثة – الرياض.

٩٧. **الأم** للشافعي، مطبعة بولاق، مصر، ١٣٢٦هـ.

٩٨. **الإمام مالك** للشيخ محمد أبي زهرة، دار الفكر العربي.

٩٩. **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب أحمد بن حنبل** لعلي بن سليمان بن أحمد المرداوي، تحقيق محمد حامد الفقي، مطبعة السنة المحمدية- القاهرة، ١٣٧٨هـ- ١٩٥٨م.

١٠٠. **أنيس الفقهاء** لقاسم القونوي، تحقيق د/ أحمد عبد الرزاق الكبيسي، الطبعة الأولى ، ١٤٠٦هـ.

١٠١. **البحر الرائق شرح كنز الدقائق** لزين العابدين بن إبراهيم، ابن نجيم، القاهرة، دار الكتاب الإسلامي، ١٣١١هـ.

١٠٢. **البحر الزخار لمذاهب الأمصار** لأحمد بن يحيى بن المرتضى، ط١، دار الكتب العلمية – بيروت، ١٤٢٢هـ/ ٢٠٠١م.

١٠٣. **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** لعلاء الدين الكاساني، ط٣، مؤسسة التاريخ العربي- بيروت ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.

١٠٤. **بداية المجتهد ونهاية المقتصد** لمحمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي أبو الوليد (ت ٥٩٥هـ)، تحقيق: عبد المجيد طعمة حلبي،ط١، ١٤١٨هـ/ ١٩٩٧م.

١٠٥. **بلغة السالك** لأحمد بن محمد الصاوي، مكة المكرمة، دار الباز، ١٩٧٨م.

١٠٦. **البناية شرح الهداية** بدر الدين محمود العيني، بيروت، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٢٠هـ/ ٢٠٠٠م.

١٠٧. **البيان والتحصيل** لأبي الوليد بن رشد القرطبي، تحقيق: د. محمد حجي، دار الغرب الإسلامي- بيروت، ١٤٠٥هـ.

١٠٨. **التاج والإكليل لمختصر خليل بهامش مواهب الجليل** لمحمد بن يوسف العبدري المواق، دار الفكر، بيروت، ط٢، ١٣٩٨هـ.

١٠٩. **تبيين الحقائق شرح كنز الحقائق** لعثمان بن علي الزيلعي ، دار الكتب العلمية- بيروت،ط١، ١٤٢٠هـ/ ٢٠٠٠م.

١١٠. **تحفة الفقهاء** لمحمد بن أحمد السمرقندي، دار الكتب العلمية- بيروت، ١٤١٤هـ/ ١٩٩٣م.

١١١. **تكملة البحر الرائق** لزين الدين ابن نجيم، دار المعرفة، بيروت، ط٢.

١١٢. **تكملة المجموع شرح المهذب** لعلي بن عبد الكافي السبكي ومحمد نجيب المطيعي، مطبعة الإمام، مصر.

١١٣. **تكملة فتح القدير على شرح الهداية** لأحمد قودر قاضي زادة ، المكتبة التجارية بالقاهرة، دون تاريخ.

١١٤. **حاشية ابن عابدين على رد المحتار** لمحمد أمين الشهير بابن عابدين، دار الفكر، بيروت، ١٣٩٩هـ/ ١٩٧٩م.

١١٥. **حاشية الباجوري** لإبراهيم الباجوري، القاهرة، دار إحياء الكتب العربية.

١١٦. **حاشية البجيرمي على شرح الخطيب المسماه بتحفة الحبيب على شرح الخطيب** لسليمان محمد عمر البجيرمي، مصطفى البابي الحلبي، مصر، ١٣٣٨هـ.

١١٧. **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير** لمحمد بن عرفة الدسوقي ،ط١، دار الكتب العلمية – بيروت ١٤١٧هـ-١٩٩٦م.

١١٨. **حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع** لعبد الرحمن بن قاسم النجدي، ط٢، ١٤٠٣هـ.

١١٩. **حاشية القليوبي على شرح منهاج الطالبين** مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ط٣، ١٣٧٥هـ.

١٢٠. حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المحلى على المنهاج لأحمد سلامة القليوبي، وأحمد البرلسي عميرة، دار الفكر، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.

١٢١. الحاوي الكبير لعلي محمد حبيب الماوردي، تحقيق: عادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية – بيروت، ط١، ١٩٩٦م.

١٢٢. الحاوي للفتاوى في التفسير والحديث والفقه: لجلال الدين السيوطي، ضبط: عبد اللطيف عبدالرحمن، دار الكتب العلمية – بيروت، ط، ٢٠٠٠م.

١٢٣. حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء لمحمد بن أحمد الشاشي القفال، تحقيق ياسين أحمد درادكة، مكتبة الرسالة الحديثة، عمان، ط١، ١٩٨٨م.

١٢٤. حلية الفقهاء لأبي الحسين أحمد بن فارس، الشركة المتحدة للتوزيع، بيروت، ط١، ١٤٠٣هـ.

١٢٥. الدر المنتقى شرح ملتقى الأبحر لمحمد علاء الدين الإمام،مطبعة دار سعادت، ١٣٢٧هـ.

١٢٦. الدراري المضية شرح الدرر البهية لمحمد بن علي الشوكاني، دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت، عام ١٣٩٨هـ-١٩٧٨م.

١٢٧. درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ، ط١، دار الجيل – بيروت، ١٤١١هـ/ ١٩٩١م.

١٢٨. الذخيرة للقرافي ، دار الغرب الإسلامي، ط١، ١٩٩٤م.

١٢٩. رمز الحقائق في شرح كنز الدقائق لمحمود بن أحمد بن موسى العيني، القاهرة، مطبعة بولاق، ١٢٨٥هـ/ ١٨٦٨م.

١٣٠. الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير للحسين بن أحمد بن الحسين السياغي،مكتبة المؤيد، الطائف، ١٣٨٨هـ/ ١٩٦٨م.

١٣١. روضة الطالبين وعمدة المفتين ليحيى بن شرف بن مري، النووي، المكتب الإسلامي، بيروت، ط٢، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.

١٣٢. سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، لمحمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني، دار الكتاب العربي- بيروت، الطبعة الرابعة، ١٤٠٧هـ- ١٩٨٧

١٣٣. شرح الخرشي على مختصر خليل لأبي عبد الله محمد الخرشي، دار صادر، بيروت.

١٣٤. **شرح الزركشي على مختصر الخرقي** لمحمد بن عبد الله الزركشي، تحقيق عبد الله بن عبد الرحمن الجبرين، مكتبة العبيكان، الرياض، ط١، ١٤١٠هـ.

١٣٥. **الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك** لأبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد العدوي الدردير، دار المعارف - القاهرة، ١٩٧٣م.

١٣٦. **شرح الطائي على الكنز**، للشيخ مصطفى بن أبي عبد الله بن محمد بن يونس بن النعمان الطائي، المسمى بكنز البيان مختصر توفيق الرحمن على متن الكنز للعلامة عبد الله بن أحمد بن محمود النسفي في مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، وبهامشه الذخائر الأشرفية في ألغاز الحنفية للشيخ ابن الشحنة الحنفي، طبعة المطبعة الأزهرية المصرية ١٣٠٨هـ.

١٣٧. **الشرح الكبير** لأبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير مع هامش حاشية الدسوقي، دار الفكر، بيروت.

١٣٨. **الشرح الممتع على زاد المستقنع** للشيخ محمد بن صالح العثيمين، اعتنى به: د. سليمان أبا الخيل، د. خالد المشيقيح، مؤسسة آسام، الرياض، ط١، ١٤١٧هـ.

١٣٩. **شرح فتح القدير** لكمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ودار الفكر، بيروت، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م.

١٤٠. **شرح مطالع الأنظار على متن طوالع الأنوار** للأصفهاني، المطبعة الخيرية ١٣٢٣هـ.

١٤١. **شرح منتهى الإرادات** منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، عالم الكتب، بيروت، ١٤١٤هـ/ ١٩٩٣م.

١٤٢. **الطب النبوي** لابن القيم، دار الحياة، بيروت.

١٤٣. **عمدة الحواشي شرح أصول الشاشي**، في حاشية أصول الشاشي لمحمد فيض الحسن الكنكوهي، دار الكتاب العربي - بيروت، سنة ١٤٠٢هـ/ ١٩٨٢م.

١٤٤. **العناية شرح الهداية** لمحمد بن محمد بن محمود البابرتي، دار الفكر - بيروت.

١٤٥. **غاية المنتهى** لمرعي بن يوسف، دمشق، ط١، وشرحه مطالب أولي النهى، طبعة المكتب الإسلامي.

١٤٦. **غاية المنتهى** للمقدسي، دمشق، المكتب الإسلامي، ١٣٨٠هـ/ ١٩٦١م.

١٤٧. **غاية الوصول إلى دقائق علم الأصول(الأدلة المختلف فيها)** لجلال الدين عبدالرحمن، مطبعة الجبلاوي – القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤١٣هـ - ١٩٩٢م.

١٤٨. **الفتاوى الكبرى الفقهية** لابن حجر الهيثمي ، وبهامشه فتاوى شهاب الدين أحمد الرملي، المكتبة الإسلامية.

١٤٩. **الفتاوى الهندية** للشيخ نظام، ط٣، دار إحياء التراث العربي، بيروت ١٩٨٠م.

١٥٠. **فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب** لزكريا الأنصاري، وبهامشه منهج الطلاب والرسائل الذهبية للذهبي، دار إحياء الكتب العربية للبابي الحلبي، مصر.

١٥١. **الفواكه الدواني شرح رسالة ابن أبي زيد** لأحمد غنيم سالم النفراوي، دار المعرفة، بيروت.

١٥٢. **الفروع وتصحيح الفروع** لمحمد بن مفلح المقدسي أبو عبد الله، دار مصر للطباعة- مصر، ط٢، ١٩٦٠م.

١٥٣. **الفقيه والمتفقه** للحافظ المؤرخ أبي بكر أحمد بن علي بن ثابت الخطيب البغدادي، مطبعة الامتياز.

١٥٤. **قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية:** لمحمد بن أحمد الغرناطي المالكي، دار العلم للملايين- بيروت، ١٩٧٤م.

١٥٥. **القوانين الفقهية** لمحمد بن أحمد بن جزي، الدار العربية للكتاب، ليبيا- طرابلس ١٩٨٢م.

١٥٦. **الكافي في فقه أحمد بن حنبل** لابن قدامة المقدسي، المكتب الإسلامي، دمشق، ط١ .

١٥٧. **الكافي في فقه أهل المدينة المالكي** لابن عبد البر ، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت ١٩٨٧م .

١٥٨. **كشاف القناع** لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي، تحقيق: محمد عدنان ياسين درويش، ط١، دار إحياء التراث العربي – بيروت ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م.

١٥٩. **كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار** لتقي الدين الحصني الدمشقي الشافعي من علماء القرن ٩هـ، بيروت، دار المعرفة، ط٢.

١٦٠. **المبدع في شرح المقنع** لأبي اسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن مفلح، المكتب الإسلامي – بيروت، ١٩٨٠م.

١٦١. **المبسوط** لمحمد بن أحمد بن أبي سهيل السرخسي، تحقيق: محمد حسن إسماعيل، ط١، دار الكتب العلمية – بيروت ١٤٢١هـ/ ٢٠٠١م، ودار المعرفة، بيروت.

١٦٢. **مجلة الأحكام العدلية**: جمعية المجلة، تحقيق: نجيب هواويني، طبعة كارخانه تجارت كتب.

١٦٣. **مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر** لداماد أفندي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

١٦٤. **المجموع شرح مهذب الشيرازي** للإمام أبي زكريا محي الدين النووي، المكتبة العالية بالفجالة – القاهرة.

١٦٥. **مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية**: جمع وترتيب عبد الرحمن محمد قاسم النجدي، طبع إدارة المساحة العسكرية بالقاهرة،١٤٠٤هـ، توزيع الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء بالرياض.

١٦٦. **المحلى** للإمام ابن حزم، تحقيق: أحمد محمد شاكر،ط١، دار إحياء التراث العربي – بيروت ١٤١٨هـ- ١٩٩٧م.

١٦٧. **المدونة الكبرى** للإمام مالك ، ط١، دار الفكر، بيروت.

١٦٨. **مطالب أولي في شرح غاية المنتهى** لمصطفى السيد الرحيباني، ط١، المكتب الإسلامي، حلب- سوريا، ١٣٨٠هـ-١٩٦١م.

١٦٩. **المعيار المعرب للإمام أحمد** ليحيي الونشريسي، دار الغرب العربي- بيروت.

١٧٠. **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج** لمحمد الخطيب الشربيني، ط١، دار المعرفة – بيروت ١٤١٨هـ- ١٩٩٧م.

١٧١. **المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني** لعبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد ، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، د. عبد الفتاح محمد الحلو، مكتبة هجر، ط١، ١٤١٦هـ – القاهرة.

١٧٢. **المقدمات الممهدات** لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ، تحقيق: د. محمد صبحي، دار الغرب الإسلامي – بيروت، ط١، ١٤٠٨هـ.

١٧٣. **المقنع** لابن قدامة، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض.

١٧٤. منح الجليل شرح مختصر خليل لمحمد بن أحمد بن محمد عليش، مكتبة النجاح، ليبيا،١٢٩٩هـ/ ١٨٨١م.
١٧٥. المهذب في فقه الإمام الشافعي لإبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي أبو إسحاق، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي- القاهرة، ١٣٩٦هـ/ ١٩٧٦م.
١٧٦. مواهب الجليل لأبي عبد الله محمد بن محمد الطرابلسي المعروف بابن الحطاب، مكتبة النجاح، طرابلس – ليبيا.
١٧٧. مواهب الجليل لشرخ مختصر خليل لأحمد بن أحمد المختار الشنقيطي، مطبوعات إدارة إحياء التراث الإسلامي- الكويت،١٤٠٣هـ/ ١٩٨٣م.
١٧٨. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج لشهاب الدين أحمد بن أحمد الرملي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي- القاهرة، سنة ١٩٣٨م.
١٧٩. نيل المآرب بشرح دليل الطالب لعبد القادر بن عمر بن أبي تغلب، التغلبي، الكويت، مكتبة الفلاح، ١٣٩٨هـ/ ١٩٧٨م.
١٨٠. الوسيط في المذهب للإمام أبي حامد الغزالي، تحقيق: د. علي محي الدين القرة داغي، طبع وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية – قطر، سنة ١٤١٧هـ.
١٨١. الهداية شرح بداية المبتدي لعلي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغياني أبو الحسين، تحقيق: أيمن صالح، القاهرة، ط١، مطبعة مصطفى البابي الحلبي.

سابعاً: كتب حديثة في الفقه وأصوله:

١٨٢. أثر الاجتهاد في تطور أحكام الوقف للدكتور محمود أحمد أبو ليل، ندوة الوقف الإسلامي، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، دولة الإمارات، ديسمبر ١٩٩٧م.
١٨٣. أثر الاختلاف في الأصول في اختلاف الفقهاء لسعيد الخن، مؤسسة الرسالة- بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٢٢هـ.
١٨٤. أثر المصلحة في الوقف للدكتور عبد الله بن الشيخ محفوظ بن بيه، ندوة الوقف في الشريعة الإسلامية ومجالاته، وزارة الشؤون الإسلامية، الرياض، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م.
١٨٥. أحكام الأسواق المالية للدكتور محمد صبري هارون، دار النفائس، عمان، ١٤١٩هـ-١٩٩٩م.

١٨٦. **أحكام الأوقاف** لمصطفى أحمد الزرقاء، دار عمار، عمان، ط١، ١٩٩٧م.

١٨٧. **أحكام المواريث بين الفقه و القانون والقانون**: محمد مصطفى شلبي، دار النهضة العربية – بيروت، طبعة سنة ١٩٧٨م.

١٨٨. **أحكام الوصايا والأوقاف** لمحمد مصطفى شلبي، مطبعة دار التأليف، مصر، ط٣.

١٨٩. **أحكام الوصاية والأوقاف في الشريعة الإسلامية** للدكتور أحمد فراج حسين، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٣م.

١٩٠. **أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية** للدكتور محمد عبيد الكبيسي، مطبعة الإرشاد، بغداد.

١٩١. **أحكام صرف النقود والعملات** لعباس أحمد محمد الباز، دار النفائس- الأردن، الطبعة الثانية، ١٤٢٠هـ.

١٩٢. **إدارة البنوك وصناديق الاستثمار وبورصات الأوراق المالية** للدكتور محمد سويلم، دار الهاني للطباعة.

١٩٣. **أدلة التشريع** للدكتور عبد العزيز بن عبد الرحمن بن علي الربيعة، طبعة ١٤٠٦هـ.

١٩٤. **أدوات الاستثمار الإسلامية** لعز الدين خوجة، جدة، سنة ١٤١٣هـ.

١٩٥. **الأسئلة والأجوبة الفقهية المقرونة بالأدلة الشرعية** لعبد العزيز بن محمد السلمان، مطبعة المدينة، الرياض.

١٩٦. **أساسيات نظرية الالتزام** للدكتور برهام محمد عطا الله، مؤسسة الثقافة الجامعة، الإسكندرية.

١٩٧. **الاستصناع** للدكتور سعود الثبيتي، دار ابن حزم، مكة المكرمة، ط١، ١٤١٥هـ/ ١٩٩٥م).

١٩٨. **الإسلام والتأمين** للدكتور محمد شوقي الفنجري، عالم الكتب، القاهرة.

١٩٩. **الأسلوب الإسلامي لمزاولة التأمين** لعبده السيد عبد المطلب، دار الكتاب الجامعي، القاهرة، ط١، ١٩٨٨م.

٢٠٠. **الأسهم والسندات** للدكتور عبد العزيز عزت الخياط، وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الدينية، عمان، ١٤٠٩هـ-١٩٨٩م.

٢٠١. **أسواق الأوراق المالية** لسمير عبد الحميد رضوان، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، ١٤١٧هـ-١٩٩٦م.

٢٠٢. الأسواق المالية لمحمد القري عيد، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس.

٢٠٣. أصول الفقه للدكتور وهبة الزحيلي،دمشق- دار الفكر، ١٤٠٦هـ/ ١٩٨٦م.

٢٠٤. أصول الفقه للشيخ محمد أبي زهرة، دار الفكر العربي- مصر.

٢٠٥. أصول الفقه وابن تيمية للدكتور صالح بن عبد العزيز آل منصور، ١٤٠٥هـ.

٢٠٦. الاقتصاد الإسلامي والقضايا الفقهية المعاصرة للدكتور علي أحمد السالوس، دار الثقافة، الدوحة، ١٤١٦هـ-١٩٩٦م.

٢٠٧. الالتزامات في الشرع الإسلامي لأحمد إبراهيم بك، دار الأنصار، القاهرة، ١٣٦٣هـ - ١٩٤٤م.

٢٠٨. الامتناع والاستقصاء لحسن بن علي السقاف، المطابع التعاونية، الأردن، ط١، ١٤٠٩هـ.

٢٠٩. الأموال ونظرية العقد لمحمد يوسف موسى، القاهرة، ١٩٨٧م.

٢١٠. انتقال ما كان يملكه الإنسان حال حياته إلى غيره بعد موته لأحمد إبراهيم بك، و المستشار واصل علاء الدين أحمد إبراهيم، المكتبة الأزهرية للتراث، القاهرة، ط٢، ١٤٢٠هـ- ١٩٩٩م.

٢١١. بحوث في الاقتصاد الإسلامي للشيخ عبد الله بن منيع، المكتب الإسلامي، ط١، ١٤١٦هـ- ١٩٩٦م.

٢١٢. بحوث في المصارف الإسلامية للدكتور رفيق يونس المصري، دار المكتبي، سوريا، ط١، ١٤٢١هـ-٢٠٠١م.

٢١٣. بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله للدكتور محمد فتحي الدريني، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط١، ١٩٩٤م.

٢١٤. البدعة والمصالح المرسلة لتوفيق يوسف الواعي، دار التراث- الكويت، ١٤٠٤هـ.

٢١٥. البنك اللا ربوي لباقر الصدر، دار التعارف، بيروت ، ١٩٩٠م.

٢١٦. البنوك الإسلامية لضياء مجيد، مؤسسة شباب الجامعة، مصر، ١٩٩٧م.

٢١٧. البنوك الإسلامية: المنهج والتطبيق لمصطفى كمال طايل، مطابع غباشي، القاهرة، ١٩٨٧م.

٢١٨. بورصة الأوراق المالية (علمياً-عملياً) للدكتور صلاح السيد جودة، مكتبة ومطبعة الإشعاع، مصر، ٢٠٠٠م.

٢١٩. **بيع التقسيط تحليل فقهي واقتصادي** للدكتور رفيق يونس المصري، دار القلم - دمشق، ط٢، ١٤١٨هـ/ ١٩٩٧م.

٢٢٠. **بيع التقسيط وأحكامه** لسليمان بن تركي التركي، الرياض، دار اشبيليا، ط١، ١٤٢٤هـ/ ٢٠٠٣م.

٢٢١. **البيع بالتقسيط دراسة فقهية مقارنة** للدكتور إبراهيم رفعت الجمال، دار الفكر الجامعي - الإسكندرية، ط١، ٢٠٠٥م.

٢٢٢. **البيع بالتقسيط** لإبراهيم أبو الليل، الكويت ١٩٨٤م.

٢٢٣. **التاج الأغر في شرح نظم نضار المختصر** لمختار الشنقيطي، شركة أبو ظبي للطباعة والنشر، ط١، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م.

٢٢٤. **التأصيل الشرعي لعقدي الاستصناع والمقاولة** لفؤاد محمد محيسن، دائرة المكتبة الوطنية، عمان- الأردن، ط١، ١٤٢٣هـ/ ٢٠٠٢م .

٢٢٥. **التأمين الصحي التعاوني** لخالد بن سعد عبد العزيز بن سعيد، الرياض، ١٤٢١هـ- ٢٠٠٠م.

٢٢٦. **التأمين الصحي وأثره في حماية القوى العاملة** للدكتور شوكت محمد الفيتوري (المركز العربي للتأمينات الاجتماعية) ص٤٩.

٢٢٧. **التأمين بين الحظر والإباحة** لسعدي أبو جيب، دار الفكر، ط١.

٢٢٨. **التأمين بين الحل والتحريم** لعيسى عبده، مكتبة الاقتصاد الإسلامي، ط١، ١٣٩٨هـ.

٢٢٩. **التأمين في الشريعة الإسلامية والقانون** للدكتور غريب الجمال، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٥م.

٢٣٠. **التأمين في الشريعة والقانون** لشوكت عليان، دار الرشيد، الرياض، ط٢، ١٤٠١هـ.

٢٣١. **التأمين وأحكامه** للدكتور سليمان بن إبراهيم بن ثنيان، دار ابن حزم، بيروت، ط١، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.

٢٣٢. **التأمين وموقف الشريعة الإسلامية منه** لمحمد السيد الدسوقي، دار التحرير، ١٣٨٧هـ- ١٩٦٧م.

٢٣٣. **التأمينات الاجتماعية في الدول العربية** لعامر سليمان عبد الملك، بيروت، ١٩٩٠م.

٢٣٤. **تبيين المسالك** لعبد العزيز آل مبارك الإحسائي، بيروت، دار الغرب الإسلامي، ١٩٩٥م.
٢٣٥. **التجارة على الإنترنت** لسايمون كولن، نقله إلى العربية/ يحيى مصلح، بيت الأفكار الدولية بأمريكا ١٩٩٩م.
٢٣٦. **تحرير الكلام في مسائل الالتزام** للحطاب، دار الغرب الإسلامي، ط١، ١٩٨٤م.
٢٣٧. **التشريع في الفقه الإسلامي** لمناع القطان، مصر، مكتبة وهبة، ١٣٩٦هـ.
٢٣٨. **التصرفات والوقائع الشرعية** للدكتور محمد زكي عبد البر، دار القلم، الكويت، ط١، ١٤٠٢هـ/ ١٩٨٢م.
٢٣٩. **تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية** للدكتور سامي حسن حمود، دار الاتحاد العربي للطباعة، مصر، ط١.
٢٤٠. **التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي** للدكتور وحيد الدين سوار. طبع الجزائر.
٢٤١. **تعليل الأحكام الشرعية: "دراسة وتطبيق"**،للدكتور العنقري، (رسالة دكتوراة غير مطبوعة) السعودية- جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، كلية الشريعة، قسم أصول الفقه، ١٤٠٨هـ.
٢٤٢. **تعليل الأحكام**: عرض وتحليل لطريقة التعليل وتطوراتها في عصور الاجتهاد والتقاليد لمحمد مصطفي شلبى، دار النهضة العربية- بيروت، ١٤٠١هـ- ١٩٨١م.
٢٤٣. **تقريب الوصول إلى علم الأصول** لمحمد علي فركوس، مكتبة الفيصلية- مكة المكرمة، طبعة سنة ١٤١٠هـ.
٢٤٤. **التوجيه التشريعي الإسلامي** للدكتور محمد عبد الله العربي، بحث ضمن بحوث مؤتمرات مجمع البحوث الإسلامية.
٢٤٥. **التيسير في أصول الفقه** للدكتور إبراهيم محمد السلقيني، دمشق، دار الفكر، ط٢، ١٩٩٦م.
٢٤٦. **الجعالة وأحكامها** للدكتور خالد رشيد الجميلي، بيروت، عالم الكتب، ١٤٠٦هـ/ ١٩٨٦م.
٢٤٧. **الجهالة وأثرها في عقود المعاوضات** للدكتور عبد الله علي محمود الصيفي، دار النفائس، الأردن، ط١، ١٤٢٦هـ- ٢٠٠٦م.
٢٤٨. **حجية المصالح المرسلة في استنباط الأحكام الشرعية** للدكتور أحمد فراج حسين،الناشر مؤسسة الثقافة الجامعية، ١٩٨٢م.

٢٤٩. الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون لأحمد محمد علي داود، مكتبة دار الثقافة، عمان، ط٢، ١٩٩٦م.

٢٥٠. حكم الاستفادة من أعضاء الموتى للدكتور محمود ناظم النسيمي، مؤسسة الرسالة، بيروت.

٢٥١. حكم الإسلام في شهادات الاستثمار وصناديق التوفير وودائع البنوك لعبد الرحمن صبحي زعيتر، دار الحسن للنشر، عَمَّان، ط١، ١٤١٣هـ-١٩٩٢م.

٢٥٢. حكم البيع بالتقسيط في الأموال والعرض لمراد بن عبد الله، دار عمار.

٢٥٣. حكم الشريعة الإسلامية في عقود التأمين للدكتور حسين حامد حسان، دار الاعتصام، القاهرة، ط١، ١٩٧٦م.

٢٥٤. حكم العربون في الإسلام لماجد أبو رخية، مكتبة الأقصى- عمان، ١٤٠٧هـ/ ١٩٨٦م.

٢٥٥. دراسات في فقه القانون المدني الأردني، النظرية العامة للعقد لعبد الناصر أبو البصل عمان، ١٤١٩هـ- ١٩٩٩م.

٢٥٦. دور الوقف في المجتمعات الإسلامية للدكتور محمد الأرناؤوط، دار الفكر، دمشق، ط١، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.

٢٥٧. رأي التشريع الإسلامي في مسائل البورصة لأستاذنا الدكتور: أحمد يوسف سليمان، الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية،الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية.

٢٥٨. الربح في الفقه الإسلامي لشمسية محمد إسماعيل، الأردن، دار النفائس، ط١، ١٤٢٠هـ/ ٢٠٠٠م.

٢٥٩. رسالة أحكام السكورتاه للشيخ محمد بخيت المطيعي، مصر، مطبعة النيل، ١٣٢٤هـ.

٢٦٠. رسالة في جواز وقف النقود لأبو السعود محمد محمد مصطفى العمادي، تحقيق أبو الأشبال صغير أحمد شاغف، دار ابن حزم، بيروت، ط١، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م.

٢٦١. الزكاة وترشيد التأمين المعاصر ليوسف كمال، دار الوفاء، المنصورة ط١، ١٤٠٦هـ.

٢٦٢. الزواج والطلاق في الإسلام للدكتور بدران أبو العينين، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية.

٢٦٣. السلم والمضاربة من عوامل التيسير في الشريعة الإسلامية للدكتور زكريا محمد القضاة، عمان، دار الفكر، ١٩٨٤م.

٢٦٤. شرح القانون المدني السوري مصطفى الزرقاء، دمشق، مطبعة جامعة دمشق، ط٣، ١٩٦١م.

٢٦٥. شرح القواعد الفقهية لأحمد محمد الزرقاء، تحقيق د. عبد الستار ابو غدة، دار الغرب، ط١، ١٤٠٣هـ.

٢٦٦. شرح المواقف للإيجي للشريف الجرجاني، دار الطباعة العامرة، سنة ١٣١١ هـ.

٢٦٧. شركات المساهمة للدكتور محمد صالح، ط١، ١٩٥٩م.

٢٦٨. الشركات في الفقه الإسلامي للشيخ علي الخفيف، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٨م.

٢٦٩. الشركات في ضوء الإسلام للدكتور عبد العزيز عزت الخياط، دار السلام، الغورية، القاهرة، ط١، ١٤٠٩هـ-١٩٨٩م.

٢٧٠. شركة المساهمة للدكتور صالح بن زابن المرزوقي البقمي، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.

٢٧١. شريعة الإسلام للدكتور يوسف القرضاوي، المكتب الإسلامي- بيروت، ١٣٩٨هـ.

٢٧٢. الشريعة الإسلامية وفقه الموازنات لعبد الله الكمالي، دار ابن حزم- بيروت، ط١، ١٤٢١هـ/ ٢٠٠٠م.

٢٧٣. شفاء التباريح والأدواء في حكم التشريح ونقل الأعضاء لإبراهيم اليعقوبي، مطبعة خالد بن الوليد، دمشق، ط١، ١٤٠٧هـ.

٢٧٤. الضمان في الفقه الإسلامي لعلي الخفيف، دار الفكر العربي، ١٩٩٧م،

٢٧٥. ضوابط المصلحة المرسلة للدكتور سعيد رمضان البوطي، مؤسسة الرسالة- الدار المتحدة، بيروت- لبنان، الطبعة السادسة، سنة ٢٠٠٠م- ١٤٢١هـ.

٢٧٦. عقد الاستصناع- دراسة مقارنة للدكتور كاسب عبد الكريم البدران الإسكندرية، دار القاهرة، ١٩٨٠م.

٢٧٧. عقد الاستصناع وأثره في تنشيط الحركة الاقتصادية لمحمد بن أحمد الصالح، الرياض، مكتبة الملك فهد الوطنية،ط١، ١٤١٧هـ/ ١٩٩٦م.

٢٧٨. عقد البيع والمقايضة للدكتور توفيق حسن فرج، مؤسسة الثقافة الجامعية، ١٩٧٩م.

٢٧٩. عقود التأمين من وجهة الفقه الإسلامي لأستاذنا الدكتور: محمد بلتاجي حسن، مكتبة الشباب، القاهرة، ١٩٨٧م.

٢٨٠. العقود التجارية في القانون الكويتي والمصري المقارن للدكتور حسني المصري، ط١، الكويت: مكتبة الصفار، ١٩٨٩م.

٢٨١. العقود الشائعة والمسماة، د. جاك الحكيم، بيروت: دار الفكر، ١٩٧٠م.

٢٨٢. العقود الشرعية الحاكمة للمعاملات المالية المعاصرة لعيسى عبده، دار الاعتصام، القاهرة، ط١، ١٣٩٧هـ - ١٩٧٧م.

٢٨٣. علم أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف، القاهرة، دار الفكر، ١٤١٦هـ.

٢٨٤. عمل شركات الاستثمار في السوق العالمية لأحمد محي الدين أحمد حسن، الدار السعودية، جدة، ط١، ١٤٠٧هـ-١٩٨٦م.

٢٨٥. الفتاوى الشرعية في الاقتصاد، مجموعة البركة، جدة، ط١، ١٩٩١م.

٢٨٦. الفتاوى الشرعية للبنك الإسلامي، عمان، ١٩٨٧م.

٢٨٧. فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء في المملكة العربية السعودية: جمع وترتيب: أحمد الدرويش، ط١، ١٤١٩هـ-١٩٩٨م.

٢٨٨. الفتاوى للشيخ محمود شلتوت، دار العلم، القاهرة، ١٩٦٤م.

٢٨٩. فتاوى ورسائل الشيخ محمد بن إبراهيم بن عبد اللطيف آل الشيخ، تحقيق محمد بن عبد الرحمن ابن قاسم، مطبعة الحكومة، مكة المكرمة، ط١، ١٣٩٩هـ.

٢٩٠. فصول في الفكر الإسلامي بالمغرب لعبد المجيد عمر النجار، لبنان، دار الغرب الإسلامي، ط١ ١٩٩٢م.

٢٩١. الفقه الإسلامي المقارن لمحمد فتحي الدريني، منشورات جامعة دمشق، الطبعة الثالثة، ١٩٩٢م.

٢٩٢. الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي، دمشق، دار الفكر، ط٢، ١٤٠٥هـ/ ١٩٨٥م.

٢٩٣. فقه السنة للشيخ سيد سابق، دار الفكر، بيروت، ط١، ١٣٩٧هـ.

٢٩٤. فقه العقود المالية للدكتور عبد الحق حميش، الدكتور الحسين شواط، عمان، دار البيارق، ط١، ١٤٢١هـ/ ٢٠٠١م.

٢٩٥. فقه المعاملات على مذهب الإمام مالك لحسن كامل الملطاوي، القاهرة، مطبعة السعادة، ط١، ١٩٧٠م.

٢٩٦. فقه النوازل لمحمد بن حسين الجيزاني، دار ابن الجوزي، الدمام - السعودية، ط١، ١٤٢٦هـ/ ٢٠٠٥م.

٢٩٧. القانون التجاري للدكتور عزيز العكيلي، مكتبة دار الثقافة، عمان، ١٩٩٧م.

٢٩٨. القانون التجاري للدكتور مصطفى كمال طه، دار الجامعة الجديدة، مصر، ١٩٩٥م.

٢٩٩. القراض في الفقه الإسلامي للدكتور علي عبد العال عبد الرحمن، دار الهدى، ١٤٠٠هـ-١٩٨٠م.

٣٠٠. قضايا إسلامية معاصرة في النقود والبنوك والتمويل، للدكتور عبد الرحمن أحمد يسري، الدار الجامعية، مصر، ٢٠٠١م.

٣٠١. قضايا فقهية معاصرة لمحمد برهان الدين السنبهلي، دار القلم، دمشق، ط١، ١٤٠٨هـ.

٣٠٢. الكفالة والحوالة في الفقه المقارن للدكتور عبد الكريم زيدان، بيروت، المكتب الإسلامي، ١٣٩٥هـ/ ١٩٧٥م.

٣٠٣. اللباب في شرح الكتاب لعبد الغني الغنيمي الدمشقي الميداني، المكتبة العلمية، بيروت، ١٤٠٠هـ.

٣٠٤. مباحث العلة في القياس عند الأصوليين للدكتور عبد الحكيم عبد الرحمن أسعد السعدي، بيروت، دار البشائر الإسلامية، ط٢، ١٤٢١هـ/ ٢٠٠٠م.

٣٠٥. مبادئ وتطبيقات العمل المصرفي الإسلامي لعبد اللطيف جناحي، البحرين، ط١، ١٩٩٢م.

٣٠٦. مختصر أحكام المعاملات الشرعية للشيخ علي الخفيف ط٤، القاهرة، مطبعة السنة المحمدية، عام ١٣٧١هـ-١٩٥٢م.

٣٠٧. المدخل الفقهي العام لمصطفى أحمد الزرقاء، دمشق، دون ناشر، ١٣٨٧هـ/ ١٩٦٨م.

٣٠٨. المدخل إلى علم مقاصد الشريعة من الأصول النصية إلى الإشكاليات المعاصرة للدكتور عبدالقادر بن حرز الله،الرياض، مكتبة الرشد ناشرون، الطبعة الأولى ، ١٤٢٦هـ- ٢٠٠٥م.

٣٠٩. المدخل في التعرف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه لمحمد مصطفى شلبي، دار النهضة العربية، بيروت، ١٤٠٥هـ/ ١٩٨٥م.

٣١٠. مذكرة في أصول الفقه لمحمد الأمين بن محمد المختار الشنقيطي، دار البصيرة- الإسكندرية

٣١١. المذهل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية لمحمد مصطفى شلبي، دار النهضة – بيروت، ط١، ١٩٨١م.

٣١٢. مرآة الأصول في شرح مرقاة الوصول في أصول الفقه لمنلا خسرو الإزميري، المكتبة الأزهرية للتراث- مصر، ٢٠٠٢م.

٣١٣. المسائل المشتركة بين أصول الفقه وأصول الدين للدكتور محمد العروسي عبدالقادر، دار حافظ للنشر - جدة، ١٤١٠هـ/ ١٩٩٠م.

٣١٤. المصادر الإرادية للقانون المدني الليبي للدكتور ثروت حبيب، طرابلس - ليبيا، الجامعة الليبية، ١٩٧٣م.

٣١٥. مصادر الالتزام في قانون التجارة الكويتي للدكتور عبد الفتاح عبد الباقي، مطابع دار الوطن- الكويت، ١٩٧٦م.

٣١٦. مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نصَّ فيه الشيخ عبد الوهاب خلاف، دار القلم- الكويت، الطبعة السادسة، ١٤١٤هـ-١٩٩٣م.

٣١٧. مصادر التشريع الإسلامي وموقف العلماء منها للدكتور شعبان محمد إسماعيل، الرياض، دار المريخ، ١٤٥٠هـ/ ١٩٨٥م.

٣١٨. مصادر الحق في الفقه الإسلامي للسنهوري، بيروت، دار إحياء التراث العربي ومؤسسة التاريخ العربي- بيروت، ط١، ١٤١٧هـ/ ١٩٩٧م.

٣١٩. المصالح المرسلة واختلاف العلماء فيها: وجنات عبد الرحيم ميمني، دار المجتمع للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ- ٢٠٠٠م.

٣٢٠. المصرف الإسلامي لعبد السميع المصري، مكتبة وهبة، القاهرة، ١٤٠٨هـ- ١٩٨٨م.

٣٢١. مصرف التنمية الإسلامي للدكتور رفيق المصري، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط٢، ١٩٨١م.
٣٢٢. المصلحة المرسلة حقيقتها وضوابطها للدكتور نور الدين الخادمي، دار ابن حزم، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.
٣٢٣. المصلحة في التشريع الإسلامي للدكتور مصطفى زيد، دار اليسر - مصر، تعليق وعناية الدكتور: محمد يسري إبراهيم، سنة ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م.
٣٢٤. المضاربة المشتركة في المؤسسات المالية الإسلامية المعاصرة للدكتور محمد تقي العثماني، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، جدة، الدورة الثالثة عشرة، العدد الثالث عشر، الجزء الثالث، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م.
٣٢٥. معاملات البنوك وأحكامها الشرعية للدكتور محمد سيد طنطاوي، دار نهضة مصر، القاهرة، ٢٠٠٣م.
٣٢٦. المعاملات الشرعية المالية لأحمد إبراهيم بك، القاهرة، دار الأنصار، ١٣٥٥هـ/ ١٩٣٦م.
٣٢٧. المعاملات المالية التأمينية بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي لعثمان الحقيل الرياض، ١٩٨٧م.
٣٢٨. المعاملات المالية المعاصرة للدكتور وهبة الزحيلي، بيروت،دار الفكر المعاصر، ط١، ١٤٢٣هـ/ ٢٠٠٢م.
٣٢٩. المعاملات المالية المعاصرة لمحمد عثمان شبير ، دارالنفائس - الأردن، ط٤، ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م.
٣٣٠. المقاصد الشرعية: تعريفها - أمثلتها - حجيتها، للدكتور نور الدين الخادمي، الرياض ، دار أشبيليا، ١٤٢٤هـ.
٣٣١. مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها لعلال الفاسي، المغرب مطبعة الرسالة- المغرب، ط٢، ١٩٧٩م.
٣٣٢. المقاصد الشرعية: للدكتور نور الدين بن مختار الخادمي، الرياض، مكتبة العبيكان، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ .
٣٣٣. ملخص الأحكام الشرعية على المعتمد من مذهب المالكية لمحمد محمد عامر ، ط٢، بنغازي، المطبعة الأهلية، عام ١٣٩٢هـ-١٩٧٢م.

٣٣٤. **الملكية في الشريعة الإسلامية** للدكتور عبد السلام داود عبادي، مكتبة الأقصى، الأردن، ط١، ١٩٧٥م.

٣٣٥. **الملكية ونظرية العقد** للشيخ محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي- مصر.

٣٣٦. **منهج عمر بن الخطاب في التشريع** لأستاذنا الدكتور: محمد بلتاجي حسن، دار السلام، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.

٣٣٧. **المواريث والوصية والهبة في الشريعة الإسلامية والقانون** للدكتور بدران أبو العينين بدران مركز الإسكندرية للكتاب، مصر، ١٩٩٧م.

٣٣٨. **المواضعة في الاصطلاح** – ضمن كتاب فقه النوازل – للدكتور بكر بن عبد الله أبو زيد ، مؤسسة الرسالة – بيروت، ١٤١٦هـ.

٣٣٩. **الموجز في شرح القانون المدني** للدكتور عبد المجيد عبد الحكيم، شركة الطبع والنشر الأهلية، ط٣، ١٩٦٧/ ١٩٦٩م.

٣٤٠. **الموسوعة العلمية للبنوك الإسلامية**: نشر الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية، القاهرة.

٣٤١. **الموسوعة الفقهية الكويتية**، ط١، مطابع دار الصحوة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت ١٤١٥هـ/ ١٩٩٥م.

٣٤٢. **موقف الشريعة من المصارف الإسلامية المعاصرة** للدكتور عبد الله العبادي، بيروت، المكتبة العصرية.

٣٤٣. **نبراس العقول في تحقيق القياس عند الأصول** لعيسى منون الشامي، دار الكتب العلمية- بيروت، ٢٠٠٣م.

٣٤٤. **النجش والمزايدة والمناقصة والممارسة** لرفيق يونس المصري، دمشق، دار المكتبي – دمشق، ط١، ١٤٢٠هـ/ ١٩٩٩م.

٣٤٥. **نشر البنود على مراقي السعود** لعبد الله بن إبراهيم الشنقيطي، دار الكتب العلمية- بيروت، طبعة سنة ١٤٢١هـ.

٣٤٦. **النظام الاقتصادي في الإسلام** لتقي الدين النبهاني، ط٣، ١٣٧٢هـ - ١٩٥٢م.

٣٤٧. نظام التأمين في هدي أحكام الإسلام وضرورات المجتمع المعاصر للدكتور محمد البهي، مكتبة وهبة- القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ.

٣٤٨. نظام التأمين في هدي أحكام الإسلام وضرورات المجتمع المعاصر للدكتور محمد البهي، مكتبة وهبة، القاهرة، ط١، ١٣٨٥هـ.

٣٤٩. نظام التأمين لمصطفى أحمد الزرقاء، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط١، ١٤٠٤هـ.

٣٥٠. النظام القانوني لخطابات الضمان للدكتور سميحة القليوبي، جامعة القاهرة، الشركة المصرية للطباعة، ١٩٧٣م.

٣٥١. النظام المصرفي الإسلامي للدكتور محمد أحمد سراج، دار الثقافة، القاهرة، ١٤١٠هـ- ١٩٨٩م.

٣٥٢. نظرية الالتزام في القانون المدني المصري لأحمد حشمت أبو ستيت (القاهرة، مطبعة مصر، ١٩٤٥م.

٣٥٣. نظرية التأمين في الفقه الإسلامي للدكتور محمد زكي السيد، دار المنار، مطبعة الفجر الجديد، مصر، ط١، ١٤٠٦هـ.

٣٥٤. نظرية الشروط لزكي الدين شعبان، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٦٨ م.

٣٥٥. النظرية العامة للالتزام للدكتور إسماعيل غانم، القاهرة، مكتبة وهبة، ١٩٦٦م.

٣٥٦. النظرية العامة للالتزام: شفيق شحاته، ط١، دار النهضة العربية- القاهرة.

٣٥٧. النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية لصبحي محمصاني، بيروت، ١٩٧٢م.

٣٥٨. نظرية المصلحة في التشريع الإسلامي للدكتور حسين حامد حسان، القاهرة، مكتبة المتنبي، طبعة سنة ١٩٨١م.

٣٥٩. نظرية المقاصد عند الشاطبي لأحمد الريسوني، المعهد العالي للفكر الإسلامي،الولايات المتحدة الأمريكية، ، ١٤١٦هـ/ ١٩٩٥م.

٣٦٠. النقود والمؤسسات المصرفية للدكتور نبيل سدرة محارب، ط١، مكتبة النهضة المصرية ١٩٦٨م.

٣٦١. الوجيز لأحكام الوصية والوقف لمحمد سلام مدكور، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٨م.

٣٦٢. الوسيط في شرح القانون المدني الأردني للدكتور محمد سلام مدكور ورفاقه، طبعة سنة ١٩٧٩م.

٣٦٣. **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد** للدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط٣، ١٩٩٨م.

٣٦٤. **الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي** للدكتور وهبة الزحيلي، دار الفكر، بيروت، ١٤١٩هـ-١٩٩٨م.

٣٦٥. **الوصية** لمحمد زكريا البرديسي، دار النهضة العربية، مصر، ط١، ١٣٩١هـ-١٩٧١م.

٣٦٦. **الوصية وأحكامها في الفقه الإسلامي** لمحمد جعفر شمس الدين، دار التراث الإسلامي، بيروت.

٣٦٧. **الوقوف من مسائل أحمد بن حنبل** لأحمد بن محمد هارون الخلال، تحقيق عبد الله ابن أحمد الزيد، مكتبة المعارف، الرياض، ط١، ١٤١٠هـ.

ثامناً: كتب السير والتاريخ والتراجم:

٣٦٨. **الإصابة في تمييز الصحابة**: أبو الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني الشافعي(ت٨٥٢هـ)، تحقيق:علي محمد البجاوي،الطبعة الأولى، سنة ١٤١٢هـ- ١٩٩٢م،دار الجيل-بيروت.

٣٦٩. **الأعلام، قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين**: خير الدين الزركلي(ت١٤١٠هـ)، ط٥، دار العلم للملايين – بيروت.

٣٧٠. **البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع**: محمد بن علي الشوكاني، دار المعرفة، بيروت، بدون تاريخ طبع.

٣٧١. **تاريخ الأمم والملوك (تاريخ الطبري)**: لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري، دار الكتب العلمية- بيروت، ١٤٠٨هـ.

٣٧٢. **تذكرة الحفاظ**: للإمام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن الذهبي (ت٧٤٨هـ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت- لبنان، طبعة سنة ١٣٧٤هـ.

٣٧٣. **تراجم المؤلفين التونسيين** لمحمد محفوظ ، دار الغرب الإسلامي، بيروت- لبنان، الطبعة الأولى ١٤٠٤هـ-١٩٨٤م.

٣٧٤. **تقريب التهذيب**: أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي **(ت ٨٥٢هـ)**، تحقيق محمد عوامة، الطبعة الأولى،١٤٠٦هـ-١٩٨٦م، دار الرشيد- حلب، دار البشائر الإسلامية-بيروت.

٣٧٥. سير أعلام النبلاء: للإمام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن الذهبي (ت٧٤٨هـ) ، تحقيق: شعيب الأرناؤوط ومحمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة- بيروت، الطبعة التاسعة، سنة ١٤١٣هـ.

٣٧٦. شذرات الذهب في أخبار من ذهب: عبد الحي بن أحمد العكري الدمشقي (ت١٠٨٩هـ)، دار الكتب العلمية،بيروت، بدون تاريخ طبع.

٣٧٧. طبقات الحفاظ: أبو الفضل عبد الرحمن ابن أبي بكر السيوطي، دار الكتب العلمية- بيروت، الطبعة الأولى، سنة ١٤٠٣هـ.

٣٧٨. طبقات الحنابلة: محمد بن أبي يعلى محمد بن الحسين بن الفراء(ت٥٢١هـ)، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار المعرفة- بيروت، بدون تاريخ طبع.

٣٧٩. طبقات الشافعية: أبو بكر بن أحمد بن محمد بن عمر بن قاضي شهبة (ت٨٥١هـ)، تحقيق: الدكتور الحافظ عبد العليم خان، عالم الكتب- بيروت، الطبعة الأولى، سنة١٤٠٧هـ .

٣٨٠. طبقات الفقهاء: إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي الشيرازي أبو إسحاق (ت٤٧٦هـ)، تحقيق: خليل الميس، دار القلم، بيروت .

٣٨١. الطبقات الكبرى: أبو عبد الله محمد بن سعد بن منيع البصري الزهري (ت٢٣٠هـ)، دار صادر- بيروت.

٣٨٢. معجم المؤلفين: تراجم مصنفي الكتب العربية: عمر رضا كحالة ، دار إحياء التراث العربي- بيروت، مكتبة المثنى ببيروت. بدون تاريخ طبع.

٣٨٣. معجم المطبوعات العربية والمعربة: ليوسف إليان سَرْكِيس(ت١٣٥١هـ)،الناشر: مكتبة آية الله العظمى المرعشي النجفي، مطبعة بهمن – قم، سنة ١٤١٠هـ .

٣٨٤. معجم لغة الفقهاء ، محمد رواس قلعجي، دار النفائس، بيروت، ط١، ١٩٨٥م.

تاسعاً: كتب قواميس اللغة والمعاجم والتعريفات:

٣٨٥. أساس البلاغة للزمخشري، الهيئة المصرية للكتاب، ١٩٨٥م، ط١.

٣٨٦. تاج العروس من جواهر القاموس لمحمد مرتضى الزبيدي، منشورات دار مكتبة الحياة، بيروت-لبنان، بدون تاريخ طبع.

٣٨٧. **التعريفات** لعلي بن محمد بن علي الجرجاني(ت٨١٦هـ)، تحقيق: إبراهيم الأبياري، الطبعة الأولى، سنة ١٤٠٥هـ، دار الكتاب العربي- بيروت.

٣٨٨. **تهذيب الأسماء واللغات للنووي**، بيروت، دار الكتب العلمية، بدون تاريخ.

٣٨٩. **تهذيب اللغة** لأبي منصور محمد بن أحمد الأزهري ، تحقيق: أحمد عبد العليم البردوني، الدار المصرية للتأليف والترجمة – مصر.

٣٩٠. **التوقيف على مهمات التعاريف** لمحمد عبد الرؤوف المناوي، بتحقيق الدكتور محمد رضوان الداية، دار الفكر المعاصر- دار الفكر، بيروت- دمشق، الطبعة الأولى، سنة ١٤١٠هـ.

٣٩١. **شرح حدود ابن عرفة** لمحمد بن قاسم الرصاع، تحقيق: محمد أبو الأجفان، ط١، بيروت، دار الغرب الإسلامي، ١٤١٣هـ/ ١٩٩٣م.

٣٩٢. **الصحاح في اللغة والعلوم** للجوهري، بتحقيق أحمد عبد الغفور عطار، ط٣، ١٤٠٢هـ/ ١٩٨٢م.

٣٩٣. **القاموس المحيط** لمحمد بن يعقوب الفيروزآبادي، تحقيق: مكتبة تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، نشر مؤسسة الرسالة – بيروت، ط١، عام ١٤٠٦هـ.

٣٩٤. **القاموس الفقهي** لسعدي أبو جيب، دار الفكر، دمشق،ط١٤١٩،١هـ-١٩٩٨م.

٣٩٥. **الكليات** لأبي البقاء أيوب بن موسى الكفوي، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط١، ١٤١٢هـ/ ١٩٩٢م.

٣٩٦. **لسان العرب** لمحمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري (ت٧١١هـ) ، الطبعة الأولى، دار صادر- بيروت.

٣٩٧. **مختار الصحاح** لمحمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي (ت٧٢١هـ): تحقيق محمود خاطر، مكتبة لبنان ناشرون- بيروت، طبعة سنة: ١٤١٥هـ- ١٩٩٥م .

٣٩٨. **المصباح المنير** لأحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، طبعة المكتبة العلمية- بيروت، بدون تاريخ طبع.

٣٩٩. **المطلع على أبواب الفقه** لمحمد بن أبي الفتح البعلي الحنبلي (ت٧٠٩هـ)، تحقيق: محمد بشير الأدلبي، المكتب الإسلامي – بيروت، سنة ١٤٠١هـ - ١٩٨١م.

٤٠٠. المعجم الوسيط لإبراهيم أنيس ورفاقه، ط٢، القاهرة، ١٩٧٢م.

٤٠١. معجم البلدان لأبي عبد الله ياقوت بن عبد الله الحموي، دار الفكر، بيروت.

٤٠٢. معجم لغة الفقهاء للدكتور محمد رواس قلعه جي، د. حامد قنيبي، قطب مصطفى سانو، دار النفائس، بيروت، ط١، ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م.

٤٠٣. معجم متن اللغة للشيخ أحمد رضا، دار مكتبة الحياة، بيروت، ١٣٧٨هـ.

٤٠٤. معجم مقاييس اللغة لأبي الحسين أحمد بن فارس، تحقيق: عبد السلام هارون، ، نشر دار الكتب العلمية، قم بإيران، دون تاريخ.

٤٠٥. النهاية في غريب الحديث والأثر لمجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري (ت٦٠٦هـ)، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي ومحمود محمد الطناحي، المكتبة العلمية- بيروت، طبعة ١٣٩٩هـ-١٩٧٩م.

عاشراً: كتب أخرى:

٤٠٦. الإسلام ومشكلاتنا الحاضرة للدكتور محمد يوسف موسى، المكتب الفني، القاهرة، ١٩٥٨م.

٤٠٧. التنظيم القانوني لشبكة الإنترنت لطوني ميشال عيسى، دار صادر، بيروت، ط١، ٢٠٠١م.

٤٠٨. جراحة القلب والأوعية الدموية للدكتور سامي القباني، طبعة جامعة دمشق، ١٤٠١هـ.

٤٠٩. دليل مواقع الإنترنت لمنصور محمد محروس، ط٢، دار العصر- الرياض، ٢٠٠٠م.

٤١٠. الصحوة الإسلامية- ضوابط وتوجيهات للشيخ محمد بن صالح بن عثيمين، ط٣، الرياض، دار القاسم،١٤١٦هـ.

٤١١. مجموعة النصوص القانونية المتعلقة بالمعلوماتية والاتصالات: جمع وترتيب علي كحلون، تونس، دار إسهامات في أدبيات المؤسسة، ٢٠٠١م.

٤١٢. المستلزمات القانونية لتنظيم ونفاذ عقود التجارة الإلكترونية لصدقي حسن سليمان، عمان، ٢٠٠٠م.

٤١٣. مقدمة في الحاسب الآلي وتقنية المعلومات لطارق بن عبد الله الشدي،الرياض، دار الوطن للنشر، ط٢، ١٤١٦هـ.

٤١٤. النظرية العامة للالتزامات لجميل الشرقاوي، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٧٦م.

إحدى عشر: الدوريات والمقالات والأبحاث العلمية:

٤١٥. أبحاث هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، مجلد (١)، ص٢١٤؛ الرياض، دار أولي النهى، ط٢، ١٩٩٢م.

٤١٦. الإجارة وتطبيقاتها المعاصرة (الإيجار المنتهي بالتمليك) دراسة فقهية مقارنة، للدكتور علي محيي الدين القرة داغي، بحث في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة ١٢، العدد ١٢، الجزء الأول، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.

٤١٧. الأحكام الشرعية للأعمال الطبية للدكتور أحمد شرف الدين، ط كويت تايمز، الكويت ١٤٠٣هـ، مطبوعات المجلس الوطني للثقافة والفنون.

٤١٨. الأدوات المالية الإسلامية للدكتور سامي حسن حمود، بحث في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس، الجزء الثاني، ١٤١٠هـ-١٩٩٠م.

٤١٩. الأدوات المالية الإسلامية، للدكتور حسين حامد حسان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي،العدد السادس، الجزء الثاني،١٤١٦- ١٤١٧هـ.

٤٢٠. الأدوات المالية الإسلامية والبورصات الخليجية، محمد فيصل الأخوة، بحث في مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، جدة، العدد السادس، الجزء الثاني، ١٤١٠هـ-١٩٩٠م.

٤٢١. الأسواق المالية في ميزان الفقه الإسلامي للدكتور علي محي الدين القرة داغي بحث في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع، الجزء الأول، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م.

٤٢٢. استثمار الأوقاف في الفقه الإسلامي للدكتور محمود أحمد أبو ليل، بحث في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة ١٣، الكويت، شوال ١٤٢٢هـ- ديسمبر ٢٠٠١م.

٤٢٣. استثمار موارد الأوقاف لإدريس خليفة، بحث في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية عشرة، المغرب، رجب ١٤٢٠هـ- نوفمبر ١٩٩٩م.

٤٢٤. استثمار موارد الأوقاف للدكتور خليفة بابكر الحسن، بحث في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية عشرة، المغرب، رجب ١٤٢٠هـ- نوفمبر ١٩٩٩م.

٤٢٥. استثمار موارد الأوقاف (الأحباس) للشيخ خليل الميس، بحث في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث عشر، الجزء الأول، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م.

٤٢٦. الإطار الشرعي والاقتصادي والمحاسبي لبيع السلم : د/ محمد عبد الحليم عمر، طبع: البنك الإسلامي للتنمية بجدة ١٤١٢هـ.

٤٢٧. آفاق العمل المصرفي الإسلامي ودوره في التنمية الاقتصادية وفي تطوير الأسواق المالية العربية، أسواق رأس المال العربية، لأسامة جعفر فقيه، مجلة الاقتصاد والأعمال، بيروت ١٩٩٥م.

٤٢٨. الإنترنت والقانون الدولي الخاص: فراق أم تلاق؟ د. أحمد عبد الكريم سلامة، ضمن أبحاث مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، المجلد الثاني.

٤٢٩. الإنسان لا يملك جسد فكيف يتبرع بأجزائه أو بيعها؟ للشيخ محمد متولي الشعراوي، مقال في جريدة اللواء الإسلامي، الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ.

٤٣٠. بحث أحكام السوق المالية للدكتور محمد عبد الغفار الشريف، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس، الجزء الثاني.

٤٣١. بحث انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حياً أو ميتاً للدكتور محمد علي البار، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع، الجزء الأول، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م.

٤٣٢. بحث انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حياً أو ميتاً للدكتور حسن علي الشاذلي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع، الجزء الأول، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م.

٤٣٣. بحث انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر للدكتور عبد السلام العبادي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع، الجزء الأول، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م.

٤٣٤. بحث التشريح الجثماني والنقل والتعويض الإنساني للدكتور بكر أبو زيد، مجلة مجمع الفقه الإسلامي.

٤٣٥. بحث التصرف في أعضاء الإنسان للدكتور محمد فوزي فيض الله، مجلة الوعي الإسلامي، العدد ٢٧٦، ذو الحجة ١٤٠٧هـ، اغسطس ١٩٨٧م.

٤٣٦. بحث تصوير حقيقة سندات المقارضة والفرق بينها وبين سندات التنمية وشهادات الاستثمار والفرق بينها وبين السندات الربوية للدكتور سامي حسن حمود، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الرابعة، العدد الرابع، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م.

٤٣٧. **بحث ثبات المنهج وأثره على البحث العلمي في مقاصد الشريعة** د. عبد القادر بن حرز الله، مجلة الأحياء، ع٤، كلية العلوم الاجتماعية، ٢٠٠٢م.

٤٣٨. **بحث حكم إجراء العقود عبر وسائل الاتصال الحديثة**: د. وهبة مصطفى الزحيلي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس، الجزء الثاني، ١٤١٠هـ.

٤٣٩. **بحث حكم التأمين في الشريعة الإسلامية** للدكتور عبد الناصر توفيق العطار، المؤتمر العالمي الإسلامي الأول للاقتصاد بمكة المكرمة، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة.

٤٤٠. **بحث حكم الشريعة على شهادات الاستثمار** للشيخ علي الخفيف، هدية مجلة الأزهر، الجزء الرابع، القاهرة،١٩٩٧م.

٤٤١. **بحث خصائص العمل المصرفي الإسلامي**، للدكتور سامي حسن حمود، سطيف، الجزائر، ط١، ١٤١١هـ- ١٩٩١م.

٤٤٢. **بحث مقدم للندوة الفقهية الرابعة بيت التمويل الكويتي**، شوال ١٤١٤هـ، ومنشور في مجلة الاقتصاد الإسلامي، العدد ١٨٤، السنة السادسة عشرة ربيع الأول ١٤١٧هـ يوليو ١٩٩٦م.

٤٤٣. **بحث منهج الفقه الإسلامي في عقوبة المدين المماطل** منشور في مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، عدد (١٤) .

٤٤٤. **البلاد العربية والتجارة الإلكترونية**: حافظ التونسي، أبو ظبي، مجلة أخبار النفط والصناعة، العدد ٣٥٧.

٤٤٥. **بيع الدين أحكامه وتطبيقاته المعاصرة**: بحث للدكتور. نزيه حماد ضمن قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد ، (دمشق، دار القلم، ط١، ١٤٢١هـ/ ٢٠٠١م).

٤٤٦. **بيع الدين وأحكامه وتطبيقاته المعاصرة**: د. نزيه حماد، بحث في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الحادية عشرة، العدد الحادي عشر، الجزء الأول، ١٤١٩هـ/ ١٩٩٨م.

٤٤٧. **بيع الدين وسندات القرض وبدائلها الشرعية**: د. محمد علي القري بن عيد، بحث في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الحادية عشرة، العدد الحادي عشر، الجزء الأول، ١٤١٩هـ/ ١٩٩٨م.

٤٤٨. **بيع العربون**: بحث للدكتور رفيق يونس المصري، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثامنة، العدد الثامن، الجزء الأول، ١٤١٥هـ/ ١٩٩٤م.

٤٤٩. بيع العربون، بحث للدكتور الصديق محمد الأمين الضرير، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثامنة، العدد الثامن، الجزء الأول، ١٤١٥هـ/ ١٩٩٤م.

٤٥٠. بيع العربون، بحث للدكتور وهبة مصطفى الزحيلي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثامنة، العدد الثامن، الجزء الأول، ١٤١٥هـ/ ١٩٩٤م.

٤٥١. التأمين الصحي للدكتور الصديق محمد الأمين الضرير، بحث في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث عشر، ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م.

٤٥٢. التأمين الصحي في الفقه الإسلامي: حسين الترتوري، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، السنة التاسعة، عدد ٣٦، ١٤١٨هـ.

٤٥٣. التأمين الصحي من المنظور الإسلامي (قضية للبحث): سعود الفنيسان، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، السنة الثامنة، عدد٣١، ١٤١٧هـ.

٤٥٤. التأمين الصحي واستخدام البطاقات الصحية: الدكتور محمد جبر الألفي، بحث في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث عشر، ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م.

٤٥٥. تصوير حقيقة سندات المقارضة والفرق بينها وبين سندات التنمية وشهادات الاستثمار والفرق بينها وبين السندات الربوية: الدكتور سامي حسن حمود، بحث في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م.

٤٥٦. التطبيقات الشرعية لإقامة السوق الإسلامية، للدكتور علي محي الدين القرة داغي، بحث في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثامن، الجزء الثاني، ١٤١٥هـ-١٩٩٤م.

٤٥٧. تعليل الأحكام الشرعية واختلاف العلماء فيه وحقيقة موقف الحنابلة وأثر ذلك في حجية القياس، مقالة في مجلة البحوث الإسلامية، العدد العاشر، الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد، الرياض.

٤٥٨. التقرير السنوي للبنك الإسلامي للتنمية، جدة، ١٤١٧هـ (١٩٩٦-١٩٩٧).

٤٥٩. جريدة الشرق الأوسط، العدد ٣٧٢٥، ٨/ ٢/ ١٩٨٩م.

٤٦٠. حكم التأمين على الحياة أحمد إبراهيم، مقال في مجلة الشبان المسلمين، القاهرة، السنة الثالثة عشر، العدد الثالث، ١٩٤١م.

٤٦١. دور المؤسسات المالية الإسلامية في تمويل مشاريع البنية الأساسية، للدكتور محمد نجاة صديقي، ندوة التعاون بين الحكومة والقطاع الأهلي في تمويل المشروعات الاقتصادية، جامعة الملك عبدالعزيز، جدة، ١٤٢٠هـ- ١٩٩٩م.

٤٦٢. زرع الجلد الحي عبد الرحمن الحريتاني، مقال بمجلة الفيصل، ع١١٦، س١١، ١٤٠٧هـ.

٤٦٣. الزكاة وترشيد التأمين المعاصر ليوسف كمال، دار الوفاء، المنصورة، ط١، ١٤٠٦هـ.

٤٦٤. زكاة الأسهم في الشركات لهارون خليف جيلي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع، الجزء الأول.

٤٦٥. السلم وتطبيقاته المعاصرة- د. محمد عطا السيد سيد أحمد (مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة التاسعة، العدد التاسع، الجزء الأول، ١٤١٧هـ/ ١٩٩٦م).

٤٦٦. السلم وتطبيقاته المعاصرة: حسن الجواهري، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة التاسعة، العدد التاسع، الجزء الأول، ١٤١٧هـ/ ١٩٩٦م.

٤٦٧. سندات المقارضة: بحث مقدم لندوة المستجدات الفقهية في معاملات البنوك الإسلامية، للدكتور الصديق الضرير+ الدكتور عبد السلام العبادي + الدكتور علي السالوس عمان، ١٩٩٤م.

٤٦٨. الشرط الجزائي في الديون: د/ علي محمد الحسين الصوا، بحث منشور في مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، السنة التاسعة عشرة، العدد الثامن والخمسون، رجب ١٤٢٥هـ/ سبتمبر ٢٠٠٤م.

٤٦٩. الشرط الجزائي في الشريعة والقانون: زكي الدين شعبان، بحث منشور بمجلة الحقوق والشريعة بجامعة الكويت، السنة الأولى، العدد: ٢، يونيو ١٩٧٧م.

٤٧٠. الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي: د/ ناجي شفيق عجم، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية عشرة، العدد الثاني عشر ، الجزء الثاني، ١٤٢١هـ/ ٢٠٠٠م.

٤٧١. صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي: محمد شبير، بحث منشور في كتاب بحوث اقتصادية معاصرة.

٤٧٢. عقد الاستصناع: الدكتور حسن علي الشاذلي + الدكتور علي محي الدين القره داغي + مصطفى أحمد الزرقاء، بحث في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة السابعة، العدد السابع، الجزء الثاني، ١٤١٢هـ/ ١٩٩٢.

٤٧٣. عقد بيع المزايدة بين الشريعة والقانون، بحث منشور في كتاب بحوث فقهية في قضايا معاصرة: محمد عثمان شبير، ط١، دار النفائس، ١٤١٨هـ/ ١٩٩٨م.

٤٧٤. عقد التأمين وموقف الشريعة منه لمصطفى أحمد الزرقاء، مؤتمر الفقه الإسلامي، دمشق، ١٣٨٠هـ، طبعة المجلس الأعلى لرعاية الفنون والآداب.

٤٧٥. عقد المضاربة في الفقه الإسلامي ومدى تطبيق أحكامه في المصارف وبيوت التمويل الإسلامية، للدكتور زيد محمد الرماني، بحث في مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، الكويت، السنة الثالثة عشرة، العدد السابع والثلاثون، ذو الحجة ١٤١٩هـ - إبريل ١٩٩٩م.

٤٧٦. عقود الصيانة للدكتور أحمد الحجي الكردي، بحث في مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، السنة١١، العدد ٣٠، شعبان ١٤١٧هـ-ديسمبر ١٩٩٦م.

٤٧٧. عقود الصيانة وتكييفها الشرعي- الدكتور الصديق محمد الأمين الضرير (مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدور ١١، العدد ١١، الجزء الثاني، ١٤١٩هـ/ ١٩٩٨م).

٤٧٨. عقود الصيانة وتكييفها الشرعي- الدكتور محمد أنس الزرقاء، والدكتور سامي إبراهيم السويلم- بحث في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، د١١، ع١١، ج٢، ١٤١٩هـ/ ١٩٩٨م.

٤٧٩. عقود الصيانة وتكييفها الشرعي: محمد المختار السلامي، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، د١١، ع١١، ج٢ ، ١٤١٩هـ/ ١٩٩٨م).

٤٨٠. العقود والشروط والخيارات، للشيخ أحمد إبراهيم: بحث. مجلة القانون والاقتصاد، السنة الرابعة، العدد الخامس.

٤٨١. الفتاوى الإسلامية في القضايا الاقتصادية فتوى للشيخ جاد الحق علي جاد الحق، كتاب الأهرام الاقتصادي، القاهرة، العدد الرابع عشر، ١٩٨٩م.

٤٨٢. قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي، الدورات ١-١٠، القرارات: ١-٩٧، دار القلم، دمشق، ط٢، ١٤١٨هـ-١٩٩٨م.
٤٨٣. قرارات مجمع الفقه الإسلامي، مجلة المجمع، العدد الثاني، الجزء الثاني، ١٤٠٦هـ- ١٩٨٥م.
٤٨٤. قرارات مجمع الفقه الإسلامي، مجلة المجمع، العدد الثاني، الجزء الثاني، ١٤٠٧هـ- ١٩٨٦م.
٤٨٥. الكفالة في ضوء الكتاب والسنة: د. علي السالوس، جامعة قطر، مجلة حولية كلية الشريعة، العدد الرابع، ١٩٨٥م.
٤٨٦. المضاربة المشتركة في المؤسسات المالية الإسلامية المعاصرة: د. محمد تقي العثماني بحث في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثالثة عشرة، العدد الثالث عشر،
٤٨٧. مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، جامعة الملك عبد العزيز، عدد (١) مجلد (٣)، لسنة ١٤٠٥هـ.
٤٨٨. مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، جامعة الملك عبد العزيز، عدد (٢) مجلد (٢).
٤٨٩. مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة ٤، العدد ٤، ج٣، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م.
٤٩٠. مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة ٧، العدد ٩، ج١، ١٤١٧هـ/ ١٩٩٦م.
٤٩١. مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة السادسة، العدد ٦، ج١، ١٤١٠هـ-١٩٩٠م.
٤٩٢. مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس، الجزء الثاني، ١٤١٠هـ .
٤٩٣. مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشرة، الجزء الأول، ١٤٢١هـ/ ٢٠٠٠م.
٤٩٤. مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة السابعة، العدد ٧،ج٢، ١٤١٢هـ/ ١٩٩٢م.
٤٩٥. المعاملات في الإسلام: د/ محمد سيد طنطاوي، هدية مجلة الأزهر، ج١١، القاهرة،١٩٩٧م.
٤٩٦. مناقشة أبحاث التأمين الصحي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث عشر، الجزء الثالث، ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م.
٤٩٧. موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من التأمين للدكتور الصديق محمد الأمين الضرير، ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر الدولي حول الصناعة التأمينية في العالم الإسلامي، جامعة الأزهر، القاهرة، ١٤٢١هـ-٢٠٠١م.
٤٩٨. ندوة البركة الثانية للاقتصاد الإسلامي، تونس، ٩-١٢ صفر ١٤٠٥هـ (٤-٧/ ١١/ ١٩٨٤م).

٤٩٩. نقل الأعضاء من إنسان لآخر للشيخ جاد الحق علي جاد الحق، القاهرة، مجلة الأزهر، عدد رمضان ١٤٠٣هـ.

٥٠٠. النطاق الفني للاشتراط لمصلحة الغير: محمد سلام مدكور، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، ع ١، ٢، س٢٣.

٥٠١. نظرات في الاشتراط لمصلحة الغير: عبد الحي حجازي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، ع ١، ٢، س١٥.

٥٠٢. الوقف النقدي: د/ شوقي أحمد دنيا، مجمع الفقه الإسلامي، د١٣، الكويت، شوال ١٤٢٢هـ- ديسمبر ٢٠٠١م.



خامساً: فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع الصفحة

الفصل الرابع

أثر المصلحة المرسلة في عقود الشركات ٣٨١-٤٦٠

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة



من إصدارات
الصندوق الخيري لنشر البحوث والرسائل العلمية

[١] بيع التقسيط وأحكامه (مجلد) .... سليمان بن تركي التركي

[٢] أخذ المال على أعمال القرب (مجلدان) .... عادل بن شاهين شاهين

[٣] الغش وأثره في العقود (مجلدان) .... د. عبدالله بن ناصر السلمي

[٤] حماية البيئة والموارد الطبيعية .... فهد بن عبدالرحمن الحمودي

[٥] أحاديث البيوع المنهي عنها: رواية ودراية (مجلد) .... خالد بن عبدالعزيز الباتلي

[٦] أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة (مجلدان)... د. مبارك بن سليمان آل سليمان

[٧] ضوابط الثمن وتطبيقاته في عقد البيع (مجلد)................. سمير عبدالنور جاب الله

[٨] أحكام الدين (دراسة حديثية فقهية) (مجلد) .... سليمان بن عبدالله القصير

[٩] استيفاء الحقوق من غير قضاء (مجلد).................... د. فهد بن عبدالرحمن اليحيى

[١٠] استثمار أموال الزكاة (مجلد) .... صالح بن محمد الفوزان

[١١] المنح الشافيات بشرح مفردات الإمام أحمد (مجلدان)......ت: أ. د. عبدالله بن محمد المطلق

[١٢] أحكام الرجوع في عقود المعاوضات المالية (مجلدان) ......د. فضل الرحيم محمد عثمان

[١٣] تسليم المطلوبين بين الدول في الفقه الإسلامي (مجلد) .... زياد بن عابد المشوخي

[١٤] أحكام نقل الأعضاء في الفقه الإسلامي (مجلدان) .... د. يوسف بن عبدالله الأحمد

[١٥] الترتيب في العبادات في الفقه الإسلامي (مجلدان) .... د. عبدالله بن صالح الكنهل

[١٦] الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة (مجلد)...... د. محمد بن عبدالعزيز اليمني

[١٧] النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته (مجلد)..... د. سفيان بن عمر بورقعة

[١٨] أحكام الهندسة الوراثية ....د. سعد بن عبد العزيز الشويرخ

[١٩] أحكام لزوم العقد .... د. عبدالرحمن بن عثمان الجلعود

[٢٠] كتاب التنبيه...لأبي الفضل السَّلامي.......................... حسين بن عبدالعزيز باناجه

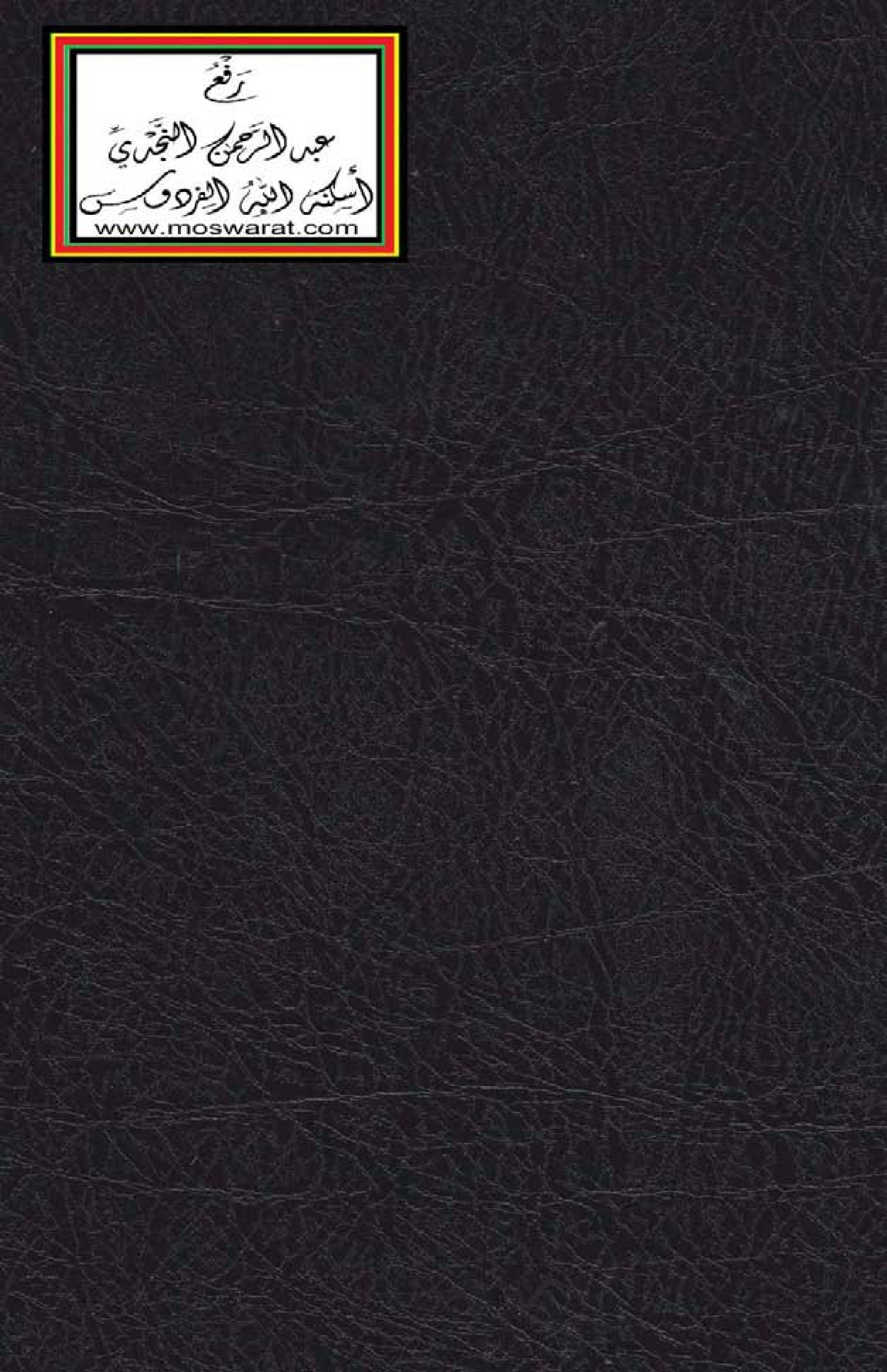
[٢١] القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي...... د. حمد بن محمد الجابر الهاجري

[٢٢] التدابير الواقية من انتكاسة المسلم .... سارة بنت عبدالرحمن الفارس

[٢٣] شرح مشكل الوسيط، لابن الصلاح (ج١+٢)............... د..عبدالمنعم خليفة أحمد بلال

[٢٤] شرح مشكل الوسيط، لابن الصلاح (ج٣+٤) .... د. محمد بلال بن محمد أمين
[٢٥] التحسين والتقبيح العقليان وأثرهما في مسائل أصول الفقه .... د. عايض الشهراني
[٢٦] الحاجة وأثرها في الأحكام .... د. أحمد بن عبدالرحمن الرشيد
[٢٧] أحكام المعابد .... عبدالرحمن بن دخيل العصيمي
[٢٨] دفع الدعوى الجزائية أثناء المحاكمة .... عبدالرحمن بن سليمان البليهي
[٢٩] الرؤى عند أهل السنة والجماعة والمخالفين .... د. سهل بن رفاع العتيبي
[٣٠] أحكام التلقيح غير الطبيعي.. د. سعد بن عبدالعزيز الشويرخ
[٣١] الموسوعة الشاملة لمذهب الروحية الحديثة .... د. علي بن سعيد العبيدي
[٣٢] الانتخابات وأحكامها في الفقه الإسلامي .... فهد بن صالح العجلان
[٣٣] آراء أبي الحسن السبكي الاعتقادية .... عجلان بن إبراهيم العجلان
[٣٤] مسائل معاصرة مما تعم به البلوى في فقه العبادات .... نايف بن جمعان جريدان
[٣٥] الشروط التعويضية في المعاملات المالية (ج١+ج٢)........................ عياد بن عساف العنزي
[٣٦] منهج ابن كثير في الدعوة إلى الله (ج١+ج٢) .... د. مبارك بن حمد الحامد الشريف
[٣٧] أثر التحول المصرفي .... عمار أحمد عبدالله
[٣٨] الاحتساب على النساء في العصر النبوي وعصر الخلفاء .... د. الجوهرة بنت محمد العمراني
[٣٩] دلالات الألفاظ عن شيخ الإسلام ابن تيمية جمعاً وتوثيقاً ودراسة د. عبدالله بن سعد آل مغيرة
[٤٠] الوحدة القرآنية دراسة تحليلية مقارنة .... د. محمد بن محمود خوجة
[٤١] ضمانات التحقيق الجنائي مع المرأة .... عبدالله بن عبدالعزيز الشتوي
[٤٢] أحكام استخدام الأطفال والانتفاع بما يختصون به .... ماهر بن سعد الخوفي
[٤٣] أحكام تمويل الاستثمار في الأسهم .... د. فهد بن صالح العريض
[٤٤] النوازل الفقهية المعاصرة المتعلقة بالتداوي أثناء الصوم .... أسامة بن أحمد الخلاوي
[٤٥] أحكام الإعسار المالي في الفقه الإسلامي .... د. فضل الرحيم محمد عثمان
[٤٦] الشيخ جمال الدين القاسمي واختياراته الفقهية .... سامي الأزهر الفريضي
[٤٧] المصالح المرسلة وأثرها في المعاملات .... د. عبدالعزيز بن عبدالله العمار


رفع
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com



رفع
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com